Der Ausgleich bei mehrfacher Forderungssicherung.

(§§ 774, 1143, 1173, 1225, 1249 BGB.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg (Lahn)

vorgelegt von

Fritz Oellers

Referendar aus Krefeld.

Marburg (Lahn) 1926.

Referent: Professor **Dr. Erich Jung,**
Marburg (Lahn)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554602_0024

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Das Problem	1.
	A. Der Ausgleich zwischen Mitbürgen	
§ 2.	Begriff der Mitbürgschaft	4.
§ 3.	Der Uebergang der Hauptforderung und der Accessorien auf den zahlenden Bürgen	6.
§ 4.	Die Ausgleichsansprüche	16.
	B. Der Ausgleich zwischen Drittverpfändern.	
§ 5.	Einleitendes	27.
§ 6.	Der Ausgleich unter Verpfändern beweglicher Sachen	29.
§ 7.	Der Ausgleich unter Eigentümern mehrerer mit einer Gesamthypothek belasteter Grundstücke .	48.
§ 8.	Der Ausgleich zwischen Drittverpfändern beweglicher Sachen und Dritteigentümern verhafteter Grundstücke	65.
§ 9.	C. Der Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfändern	67.
§ 10.	Schluß	78.

Literaturverzeichnis.

v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht, 1882.

Bendix: Zur Lehre von dem gesetzlichen Uebergang der Rechte im Falle des Vorhandenseins mehrfacher Sicherungen. Arch. f. bgl. Recht, Bd. 25, S. 84.

Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, 1914.

„ Die Einheitlichkeit der Gesamthypothek, Recht, 1905, S. 265.

Binder: Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Recht.

Boethke: Besprechung von Kremers Mitbürgschaft, Gruchot 47, S. 857.

Breit: Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. Gruchot 48, S. 283.

Brinz: Obligation und Haftung. Arch. f. ziv. Prax., Bd. 70, S. 371.

Buch: Schuld und Haftung im geltenden Recht.

Cohn: Ueber das Verhältnis des Drittverpfänders zum Gläubiger und Bürgen. Jur. Wochenschr. 1906, S. 410.

Cosack: Lehrbuch der bürgerl. Rechts, 1921.

Crome: Sytem des bürgerl. Rechts, 1905.

Demolombe: Cours de Napoléon. Traité des contracts ou des obligations conventionelles en géneral.

Dümchen: Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten. Jhering 54, S. 355.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909.

Endemann: Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 1905.

Enneccerus-Kipp & Wolff: Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 15/19 Aufl.

Evers: Ausgleichsansprüche zwischen Bürgen und Drittverpfändern. Rostocker Diss., 1911.

Fischer-Henle: Bürgerl. Gesetzbuch, 1904.

Förster: Die Ausgleichung unter Mitbürgern und Dritteigentümern nach §§ 774, 1225, 1249, 1143 BGB. Leibziger Diss., 1908.

Fuchs: Grundbuchrecht, 1902.

Gierke: Deutsches Privatrecht, 1917.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerl. Gesetzbuch, 1903.
Gierke: Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, 1910.
Isay: Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht.
Jhering 48, S. 187.
Jäckel: Die Selbständigkeit der Grundschuld,
Gruchot 18, S. 129.
Jander: Die Ausgleichpflicht unter Mitbürgen in ihrer geschichtlichen Entwickelung,
Breslauer Diss., 1909.
Knorr: Beiträge zur Lehre von der Bürgschaft und dem Pfandrecht.
Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 28, S. 167.
Koban: Regress des Bürgen und Pfandeigentümers, 1904.
Kohler: Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 1906.
Enzyklopädie der Rechtwissenschaft, 1904.
Kremer: Die Mitbürgschaft, 1902.
Kretzschmar; Das Sachenrecht, 1906.
Lang: Die Gesamthypothek,
Arch. f. d. ziv. Prax, Bd. 89, S. 292.
Last: Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis.
„ Zur Lehre von Schuld und Haftung,
Ztschr. f. das Privat-u. öffentliche Recht, Bd. 40, S. 515.
Lindemann-Soergel: Bürgerl. Gesetzbuch, 1923.
Lippmann: Der Streit um das bessere Recht zwischan Bürgen und Drittverpfändern bei Insolvenz des Hauptschuldners.
Blätter f. Rechtspfl. i. Thür. u. Anhalt Bd. 51, S. 180.
Maenner: Das Sachenrecht, 1906.
Martinius: Entspechend Anwendungen des § 742, Abs. II im Falle des § 1225.
D. J. Z. 1903, S. 543 ff.
Merländer; Zahlungswirkung bei verschiedenartiger Forderungssicherung.
Würzburger Diss., 1919.
Müller-Eisert; Zur Theorie von Schuld u. Haftung,
Arch. f. Recht. u. Wirtschaftsphilosophie Bd. 13, S. 9 ff.
Mugdan-Falkmann: Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte.
Örtmann: Das Recht der Schuldverhältnisse.
„ Die Zahlung fremder Schulden.
Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 82, S. 367.
Planck: Bürgerl. Gesetzbuch, 3. Aufl., 1920.
Puntschart: Schuld und Haftung im geltenden deutschen Recht.
Reichel: Die Schuldmitübernahme. 1909.
Robert: Die Rückgriffshypotheh.
Hallenser Diss., 1906

Rümelin: Obligation und Haftung,
Arch. f. d. ziv. Prax., Bd 68, S. 150.
Rudorff: Zu BGB. §§ 426, 774, Abs. II. Die Ausgleichsforderung des Bürgen gegen Mitbürgen.
Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 101, S. 403.
Sellner: Zur Auslegung des § 1225 BGB.
in Recht 1904, S. 477.
Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht,
Jhering 1906, S. 55 ff.
Sohm: Ueber Natur und Geschichte der modernen Hypothek,
Grünhut, Bd. V, S. 1.
Staub: Die juristische Konstruktion des dinglichen Rechts.
Arch. f. bürgl. Recht, Bd. V. S. 12 ff.
v. Staudinger: Kommentar z. bürgl. Gesetzbuch. 1912.
Sternberg: Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung,
Gruchot 52, S. 542.
Strohal: Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB.
Jur. Wochenschr. 1903, S. 373.
Strohal: Der gesetzliche Uebergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen.
Ihering 61, S. 59.
Strohal: Schuldpflicht und Haftnng.
Schneider: Der Ausgleich unter mehreren für eine Kontokorrentschuld haftenden Bürgen.
Schoenfeld: Die Ausgleichspflicht der Gesamtschuld untereinander.
Würzbg. Diss., 1919.
Schreiber: Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik.
Schulz: Rückgriff und Weitergriff, 1907.
v. Schwerin: Schuld und Haftung im geltenden Recht.
v. Schwind: Schuld und Haftung im geltenden Rechte.
Täcken: Der Ausgleichsanspruch des Mitbürgen.
Breslauer Diss., 1907.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht, 1300.
Wandel: Das Verhältnis von Bürgen und Drittverpfändern untereinander.
Heidelbg. Diss., 1909.
Warneyer: Kommentar z. bürgerl. Gesetzb., 1923.
Windscheid-Kipp: Pandekten, II, 1900.
Winkler: Der Rückgriff unter Gesamtschuldnern,
Marburger Diss., 1912.
Wolf: Sachenrecht, 1910.
Wunderlich: Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner, 1907.

Kommentar der Reichsgerichtsräte.
Motive zum BGB.
Protokolle.
Entscheidungen der R. G. in Zivilsachen.
Warneyer: Jahrbuch der Entscheidung zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Bemerkung: Die in der Arbeit ohne Zusatz zitierten Paragraphen sind Paragraphen des BGB.

§ 1.

Das Problem.

Zwei Rechtsinstitute kennt das BGB. zur Sicherstellung einer Forderung: die Bürgschaft und die Pfandbestellung. Eine Bürgschaft liegt nach § 765 vor, wenn sich jemand dem Gläubiger eines Dritten gegenüber verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit dieses Dritten einzustehen. Hier haftet ein Dritter mit seinem ganzen Vermögen; es handelt sich um eine Personalhaftung. Dabei liegt es in der Natur der Sache, daß der Bürge stets ein Dritter sein muß.

Ganz anders das Pfandrecht, die Realhaftung. Hier stellte der Hauptschuldner selbst oder ein Dritter ein Pfand, aus dem sich der Gläubiger bei Ausbleiben der geschuldeten Leistung befriedigen kann. Hierbei können sowohl bewegliche Sachen, als auch Grundstücke durch hypothekarische Belastung zum Pfande gestellt werden. Immer aber ist der Anspruch des Gläubigers dem Verpfänder gegenüber auf die Sache gerichtet, ist also ein rein dinglicher.

Im wirtschaftlichen Leben ergibt sich nun häufig der Fall, daß für eine Forderung mehrere Sicherstellungen erfolgt sind, sei es nun, daß sich mehrere für dieselbe Forderung verbürgt haben, sei es, daß mehrere Pfänder, bewegliche oder Hypotheken, gestellt worden sind, oder sei es — eine dritte Kombination —, daß sowohl Bürgschaften wie Pfandstellung erfolgt sind. Im Falle mehrfacher Verbürgung prägt das Gesetz selbst den Ausdruck «Mitbürgen». Im Falle mehrfacher Pfandbestellung wählt man zweckmäßigerweise den Ausdruck Drittverpfänder (Dritteigentümer), da ja die Fälle, wo der Hauptschuldner selbst das Pfand, das zur Befriedigung in Anspruch genommen wird, stellt, bei einer Untersuchung der Ausgleichsmöglichkeiten von vornherein ausscheidet. Diese Ausgleichsmöglichkeiten hat nun das Gesetz in den §§ 774, 1143, 1173, 1225, 1249 geregelt. Im Anschluß an seine sehr unklaren Bestimmungen haben sich nun große Streitfragen ergeben, die zu erörtern der Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein soll.

Der Ausdruck »Ausgleich« selbst wird zwar vom Gesetz weder in Bürgschafts- noch im Pfand- und Hypothekenrecht gebraucht, sondern nur im § 426 beim Regress unter Gesamtschuldnern, er rechtfertigt sich aber durch die in den §§ 774, 1143 und 1225 erfolgte Verweisung auf den § 426. Er bezeichnet den Regress nach geleisteter Zahlung an den übrigen Sicherheitsleistenden; eine in der wirtschaftlichen Lage entstandene Unebenheit wird »ausgeglichen«.

Wenn bei Insolvenz des Hauptschuldners der Gläubiger einen der ihm persönlich oder dinglich Verhafteteten in Anspruch nimmt, ergibt sich dann für diesen eine Möglichkeit, einen Teil des erlittenen Schadens im Wege des Ausgleichs von den Mithaftenden zu verlangen?

Nach § 769 haften Mitbürgen dem Gläubiger als Gesamtschuldner. Der Gläubiger kann irgeneinen von ihnen herausgreifen und von ihm volle Befriedigung verlangen. Untereinander haften sie gemäß § 774, II nach § 426. Inwiefern und inwieweit besteht eine Ausgleichsmöglichkeit?

Die gleiche Frage ergibt sich aus dem § 1225 für mehrere Drittverpfänder. Auch hier ist es ins Belieben des Gläubigers gestellt, welches der ihm verhafteten Pfänder er in Anspruch nehmen will. Besteht hier eine Ausgleichsmöglichkeit? Das Gesetz gibt keine klare Antwort. Dieselbe Frage ergibt sich bei Eigentümern mehrerer mit einer Gesamthypothek belasteter Grundstücke.

Und am schwierigsten wird es, wenn Personal- und Sachhaftung nebeneinander stehen, wenn Bürgschaft, Pfand und Hypothek gestellt sind. Hat der in Anspruch genommene Bürge Ausgleichsmöglichkeiten gegenüber einem Verpfänder, oder dieser gegen einen Bürgen?

Eine Einteilung der Arbeit ergibt sich nach diesen Ausführungen ganz von selbst. Drei große Abschnitte sind zu behandeln:

1.) Der Ausgleich zwischen Mitbürgen,
2.) Der Ausgleich zwischen Drittverpfändern,
3.) Der Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfändern.

A.

Der Ausgleich zwischen Mitbürgen.

§ 2.

Begriff der Mitbürgschaft.

Eine gesetzliche Defination des Ausdrucks »Mitbürge» ist im BGB. nicht vorhanden. Lediglich in den §§ 774 und 776 hat er Anwendung gefunden. Aus dem klaren Wortlaut des § 769[1]) jedoch läßt sich leicht eine Definition herausbilden:

Mitbürgen sind mehrere Bürger, die sich für dieselbe Verbindlichkeit verpflichtet haben.

Gleichgültig ist es, wie der Wortlaut des § 769 sagt, ob diese Verbürgung gemeinschaftlich oder nicht gemeinschaftlich erfolgt ist, gleichgültig muß es, aber auch ferner sein (wie sich aus den Motiven, Bd. II, S. 666/67 ergibt), ob sie gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeiten erfolgte; und gleichgültig ist es endlich, ob der sich später verpflichtende Bürge das Bereitsbestehen von Bürgschaften kannte: immer nur kommt es auf die **Einheitlichkeit der Verpflichtung** an, für die sie sich verbürgen.

Aus dem vorher Gesagten ergibt sich, daß keinesfalls ein sog. Nach- oder Afterbürge zu den Mitbürgen gehört, da er sich ja nicht für die Hauptschuld verpflichtet, sondern nur für die Erfüllung der Bürgschaftsschuld, die Einheitlichkeit der Verpflichtung also fehlt. Zweifelhaft kann man im Falle des Schadlosbürgen sein; hier wird es stets wesentlich auf die Auslegung des Einzelvertrages ankommen, darauf vor allen Dingen, wie weit er sich anderen Bürgen gegenüber hat bevorzugen wollen. Zwischen den beiden Grenzfällen, einmal wo sich der Schadlosbürge für den Schaden nach erfolgloser Ausklagung des Hauptschuldners verbürgt hat — in welchem Fall ich ihn

1) § 769: «Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen».

als Mitbürge bezeichnen würde — und zum andern, wo er sich verbürgt hat für den Schaden, wenn von Hauptschuldner und allen Sicherheitsleistenden keine Befriedigung verlangt werden kann — in welchem Falle er keineswegs als Mitbürge anzusehen ist — sind Fälle mannigfacher Art denkbar, für die sich keine bindende Norm aufstellen läßt.

Zweifelhaft könnte noch der Fall sein, wo sich mehrere Bürgen nur als Teilbürgen verpflichten. Von vornherein scheidet hier der Fall aus, daß sich mehrere Bürgen für verschiedene Teile der Hauptforderung verbürgen, die fest bestimmt sind. Aber zwei andere Fälle von Teilbürgschaft sind zu beachten,

1. wenn sich der Bürge bis zu einer gewissen Quote der Hauptschuld verpflichtet, oder,

2. wenn er mit einem bestimmten Betrage für die Zahlung der Hauptschuld eintritt.

Eine Antwort läßt sich aus den §§ 769, 421,[2]) ersehen. Aus dem Wortlaut des § 769 „verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner" ist nur ersichtlich, daß es sich um dieselbe nicht aber um die ganze Verbindlichkeit handeln muß. Es muß daher bei der Verweisung auf das Gesamtschuldnerverhältnis der § 421 in analoger Anwendung hinzugezogen werden. Seine Fassung »schulden Mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die **ganze** Leistung zu bewirken verpflichtet ist, usw.« läßt zunächst vermuten, daß es sich stets um die ganze Leistung handeln muß. Bei tieferem Eindringen muß man aber zu dem Erkennen kommen, daß diese Fassung hier nur relativ im Gegensatz zu voneinander getrennten Leistungen aufzufassen ist, daß wesentlicher Kern dieser »ganzen Leistung ein solidarisches Schulden ist. Nur das liegt im Sinne der Gesamtschuld. Dieser Gesichtspunkt gilt auf das Bürgschaftsrecht übertragen

[2]) »Schulden Mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet.«

im gleichen Masse, und man muß infolgedessen auch Teilbürgen als Mitbürgen auffassen, soweit, als sie für dieselbe Verbindlichkeit einstehen, also, soweit durch Leistung des einen Bürgen an den Gläubiger die Haftung des andern vermindert wird.

Der Mitbürge hat nach § 769 dem Gläubiger gegenüber die Stellung eines Gesamtschuldners. Der Gläubiger kann sofort—abgesehen von der hier nicht näher in Betracht zu ziehenden Einrede der Vorausklage—von einem Mitbürgen die ganze Schuld eintreiben, da dieser ihm solidarisch haftet. Tut er dies, welche Rechtsfolgen ergeben sich dann, denen zufolge der Bürge Regreß nehmen kann?

§ 3.

Der Uebergang der Hauptforderung und der Accessorien auf den zahlenden Bürgen.

I. Der Uebergang der Hauptforderung.

Wenn der verpflichtete Bürge zahlt, so bieten sich ihm dazu zwei Möglichkeiten. Einmal kann er seine eigene, die Bürgschaftsverpflichtung erfüllen andererseits kann er aber auch die Hauptschuld tilgen wozu er ja nach § 267 genau so berechtigt ist, wie jeder beliebige Dritte. Dadurch wird die accessorische Bürgschaftsschuld gleichfalls zum Erlöschen gebracht M. E. ist es aber selbstverständlich, daß seine Leistung stets auf die Bürgschaftsverpflichtung gerichtet ist nicht auf Tilgung der Hauptschuld, wenn er das Gegenteil nicht ausdrücklich betont. Dies ist schon wegen der Regreßmöglichkeit des § 774, I erforderlich

Ueberflüssig ist es zu untersuchen, ob in diesem Regelfalle die eigene Schuld des Bürgen durch Erfüllung[1]) oder durch Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit untergeht[2]) — die Bürgenschuld erlischt Der Bürge hat eine ihm materiell fremde Schuld gezahlt und muß eine Regreßmöglichkeit haben

In den Dienst dieses Gedankens stellt das Gesetz den § 774[3]). Im Regelfalle würde auch die Hauptschuld erlöschen. Der § 774 aber bestimmt das Gegenteil und sagt, daß sie auf den befriedigenden

[1]) so Kremer, a. a. O., S. 132.

[2]) so Breit, a. a. O., S. 288.
Martinius, a. a. O., S. 543.

[3]) § 774: Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Der Uebergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt.
Mitbürgen haften einander nur nach § 426.»

Bürgen übergehen soll. Dieser Widerspruch bedarf einer Erklärung. Es handelt sich hier um einen Fall der **Subrogation** oder **cessio legis** (weitere Fälle enthalten die §§ 268, 1143, 1150, 1225, 1249 usw) Ueber das Wesen der Subrogation ist man im allgemeinen im klaren. Es besteht darin, daß auf den zahlenden Dritten die Gläubigerrechte kraft Gesetzes übergehen.

Die **Rechtsnatur** dieses Ueberganges ist dagegen stets ein stark umstrittenes Gebiet gewesen. Im römischen Recht arbeitete man mit der Fiktion eines Forderungskaufes.

›Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina« (Julian)[4]). »Quum is, qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterrit quidem dici, nullas iam esse, quum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est; non enim insolutum accepit, sed quodammodo nomen debitoribus vendidit». (Paulus)[5])

Die moderne Wissenschaft hat zahlreiche Erklärungsversuche gemacht.

Nicht ernstlich diskutabel erscheint mir die Ansicht **Roths** [6]), der sich einfach mit der Gesetzesbestimmung begnügt und meint «die Beseitigung des Widerspruchs sei unmöglich und praktisch nicht erforderlich.»

Irrig ist die Theorie **Stammlers**[7]). Stammler stellt eine Kategorie gesetzlicher Ersatzansprüche auf. Er sagt, die alte Forderung des Gläubigers gehe unter, aber für den zahlenden Sicherer entstehe ein in Art und Umpfang gleiches Recht. Das ist ein Widerspruch mit dem Gesetz, das in den Fällen der Subrogation ausdrücklich von einem Uebergang der Forderung spricht. Auch verträgt sich diese Theorie nicht mit dem Fortbestehen der Nebenrechte, die doch mit der

[4]) L. 17, D. 46, 1.

[5]) L. 36, D. 46, 1.

[6]) Roth: Das Rückgriffsrecht d. Bürgen. Rost. Diss. 03.

[7]) Stammler: Das Recht der Schuldverh. in seinen allgemeinen Lehren.

Forderung übergehen, und der Möglichkeit des Sichernden, die Forderung im alten Bestande weiterzugeben.

Strohal [8]) unterscheidet zwischen Tilgungszahlungen, die die Forderung zum Erlöschen bringen, und Einlösungszahlungen, denen diese Funktion fehlt, bei denen also die Forderung nicht untergehen kann, sondern stets auf den Zahlenden übergeht.

Zu einem parallelen Ergebnis gelangt **Schulz** [9]), indem er das gesamte Regreßrecht auf einem Unterschied zwischen formeller und materieller Schuld stellen will. Er sagt, daß der materiell Schuldige dem, der nur formell schuldet, stets zum Ersatze verpflichtet sei, denn für den nur formell Schuldenden sei die Leistung Zahlung einer ihm materiell fremden Schuld. In diesen Fällen gehe die Gläubigerforderung über.

Sowohl die Strohalsche wie die Schulzsche Ansicht mögen eine gute Klassifizierung sein, an der Lösung der Frage nach der Rechtsnatur der cessio legis sind sie jedoch vorbeigegangen.

Kremer [9a]) unterscheidet zwischen eigentlicher Erfüllung mit Tilgungswirkung und kaufweiser Cession. Seine Meinung ist eine starke Anlehnung an die römischen Juristen. In den Motiven [10]) findet sich derselbe Gedanke:

«Der § 447 beruht auf der Unterstellung, daß der Bürge den Gläubiger nicht solvendi causa sondern in der Absicht, die Forderung des Gläubigers zu erwerben, befriedigt, sodaß diese Forderung trotz der Befriedigung des Gläubigers bestehen bleibt.»

Siber und **Oertmann** fußen in ihren Konstruktionen ebenfalls auf dem Gedanken eines Forderungskaufs.

Er ist irrig. Fiktion eines Forderungskaufes oder kaufweise Cession — für beides sind keine Anhaltspunkte vorhanden, denn auf den Willen des Einlösenden kommt es gar nicht an, im Gegenteil, selbst

---

[8]) Strohal: Jur. Wochenschr. 1903, S. 373.

[9]) Schulz, a: a. O., S. 32 ff.

[9a]) Kremer, a. a. O., S. 75.

[10]) Motive, Bd. II, S. 674.

gegen seinen Willen geht die Forderung auf ihn über. Und sicherlich kann von einem Forderungskauf nicht geredet werden, wenn der Gläubiger zwangsweise gegen den Sicherer vorgeht. Auch läßt sich in keinem Punkte zwischen Gläubiger und Sicherer ein kaufvertragsähnliches Verhältnis feststellen.

Der Lösung am nächsten zu kommen scheint mir der Konstruktionsversuch **Tackens,**[11]) dem sich auch **Evers**[12]) anschließt. Ihrem Gedankengang ist m. E. beizutreten. Es handelt sich nicht um eine gesetzliche Fiktion, sondern um einen wirklichen Forderungsübergang. Der Bürge tilgt zunächst seine eigene Schuld. Dieser Vorgang greift auch in die Hauptschuld ein, hat aber kraft Gesetzes nicht eine so starke Wirkung, um die Hauptschuld zum Erlöschen zu bringen. Nur die subjektive Seite wird getilgt dergestalt, daß der Gläubiger befriedigt ist und keine Forderung gegen den Hauptschuldner mehr hat. Nicht aber wird angegriffen der Objektivbestand der Forderung, sondern dieser bleibt bestehen eben im Dienste des Regresses und geht nicht rechtsgeschäftlich, sondern kraft Gesetzes auf den zahlenden Bürgen über. Dieser gesetzliche Erwerb tritt immer ein, selbst gegen den Willen des Bürgen. Vermeiden läßt er sich nur auf dem oben gezeigten Weg, ausdrücklich die Hauptschuld zu tilgen; ein Uebergang der getilgten Hauptforderung ist naturgemäß dann nicht mehr möglich.

Nach § 774, I geht also die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den befriedigenden Bürgen über. Im Sinne dieser Arbeit interessieren uns nicht die Folgen des Ueberganges gegenüber den Hauptschuldner, sondern nur gegenüber den Mitbürgen, also bezüglich der Nebenrechte.

II. Uebergang der Nebenforderungen.

Mit der Hauptforderung gehen ihre Accessorien über. Ob dies nach § 774, I in Verb. mit §§ 412, 401

[11]) Tacken, a. a. O., S. 11 ff.

[12]) Evers, a. a. O., S. 3.

geschieht oder nach § 474, II in Verb. mit § 426, II, ist eine später zu erörternde Frage. Zunächst bietet sich im Gesetz eine andere Schwierigkeit. Die hier zitierten Vorschriften bestimmen, daß die Nebenforderungen weiterbestehen sollen. Nun kommt aber der § 769 in Verb. mit § 422 [1]) hinzu und bestimmt, daß durch Erfüllung eines Bürgen auch die anderen frei werden. Es scheint also, als ob durch die Erfüllung eines Bürgen das Gesamtschuldverhältnis erloschen sei und sowohl die Leistungspflicht der Mitbürgen als die Forderungsrechte des Gläubigers untergegangen seien. Das ist ein neuer Widerspruch, dessen Lösung man aber nicht wie **Hruza**[2]) als aussichtslos aufzugeben braucht.

Eine Lösung versucht **Kremer.**[3]) Er führt aus, die Gesamtschuld sei eine Summe von Einzelobligationen, bei der trotz der Subrogation des § 426[4]) durch **eine** Erfüllung **alle** frei werden. Da bei der Bürgschaft die anderen Bürgenobligationen auch noch dem Regreß des Zahlenden dienen sollten, so sei hierdurch die Zahlung keineswegs der Zweck aller Obligationen erfüllt und das Erlöschen dieser noch nicht gerechtfertigt. Man müsse auf den Unterschied abstellen zwischen materieller Erfüllung, die notwendig alle Obligationen zum Erlöschen bringt, und formeller, die

[1]) § 422: „Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner. Das gleiche gilt auch von der Leistung an Erfüllungsstatt der Hinterlegung und der Aufrechnung. Eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden".

[2]) Hruza, Sächs. Arch. V. S, 294.

[3]) Kremer, a. a. O., S. 75.

[4]) § 425: „Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen.

Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Der Uebergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden."

nur äusserlich als Erfüllung wirke, im Grunde aber eine kaufweise Cession sei. Die anderen Bürgenobligationen blieben daher bestehen und gingen als Accessorien der Haupforderung über.

Eine wirkliche Lösung des Problems scheint mir das nicht, einesteils weil Kremer sich einfach über den § 422 hinwegsetzt und anderenteils, weil er wiederum den bereits oben abgelehnten Begriff der kaufweisen Cession anwendet.

Mit der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung der Subrogation kommt man m. E. weiter. Der § 422 bestimmt weiter nichts, als daß auch die anderen Mitbürgen frei werden, sofern nicht – hier greift der § 426 ein – die anderen Bürgenobligationen noch dem Regreß des Mitbürgen dienen müssen, weil dieser einen Ausgleichsanspruch nach § 426 hat. Ist dies aber der Fall, so wird nur wieder – genau wie bei der cessio legis der Hauptforderung – die subjektive Seite der Obligationen vernichtet, nämlich das Verhältnis zum Gläubiger. (§ 422!) Ihr Objektivbestand dagegen bleibt bestehen im Interesse des Regresses und geht als Accessorium der Hauptforderung über. Lediglich die Schuld des zahlenden Bürgen erlischt.

Dieser Auffassung könnte man zwei Argumente entgegenhalten, die tatsächlich Tacken bewogen haben, von seiner eigenen Auffassung abzugehen und im Fall des § 426, II eine gesetzliche Fiktion zu sehen. Die Gründe sind einesteils der schon oben gestreifte, daß das Gesamtschuldverhältnis gemäß § 422 erloschen sei, und zweitens, daß die Gesamtschuld begrifflich eine Einheit sei und nicht in eine Forderung gegen die übrigen Bürgen getrennt werden könne.

Beide Gründe schlagen nicht durch. Der erstere ist bereits durch das oben geschilderte Verhältnis der §§ 422 uud 426 zueinander widerlegt. Dem zweiten ist entgegenzuhalten, daß (eine Meinung, die auch Tacken selbst im Anschluß an Kremer vertritt) das Gesamtschuldverhältnis eine Summe von Einzelobligationen ist. Wenn eine dieser Einzelobligationen zum Erlöschen kommt, sei es durch Zahlung oder sei es umgekehrt durch Erlaß des Gläubigers, ist damit

keineswegs gesagt, daß nicht die Gesamtschuld in ihrem Restbestande fortbestehen könnte. Der § 422 berührt, wie oben gesagt, lediglich die subjektive Seite der Gesamtschuld, während der Objektivbestand unter dem Gesichtspunkte des § 426 zu betrachten ist. So betrachtet läßt sich der in den §§ 774, 426 einerseits und §§ 769, 422 andererseits scheinbar befindliche Widerspruch erklären.

Eine weitere Schwierigkeit bietet das **Verhältnis der §§ 774, I, 412,[5]) 401[6]) zu den §§ 774, II, 426, II.**

Gemäß §§ 774, I, 412, 401 müßten die Nebenforderungen in voller Höhe übergehen, gemäß §§ 774, II, 426, II dagegen nur, soweit der regredierende Bürge einen Ausgleichsanspruch hat. Eine größere Anzahl Schriftsteller (Koban, a. a. O., S. 174, Anm. 2; Böethke, a. a. O., S. 857, Stammler, a. a. O., S. 203) haben sich auf den Standpunkt gestellt, die Accessorien der Hauptforderung müßten nach §§ 774, I, 412, 401 in voller Höhe übergehen. **Kremer** vertritt diesen Standpunkt mit ausführlicher Begründung: Er betont, daß der zahlende Bürge nicht etwa wie ein Gesamtschuldner in die Gläubigerforderung eintrete, sondern daß dieser Eintritt als notwendige Folge der Subrogation des § 774, I erfolge. Infolgedessen könne der § 426, II auf den Uebergang der Forderung nur bei Gesamtschuldnern im allgemeinen nicht bei Mitbürgen angewandt werden. Zum Beweise führt er an:

„Es wäre auffallend, wenn dieser regelmäßig stattfindende Uebergang der Nebenrechte (nämlich nach §§ 412, 401), um dessentwillen doch gerade

5) § 412: „Auf die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes finden die Vorschriften des §§ 399—404, 406—410 entsprechende Anwendung".

[6]) § 401: „Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über.

Ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann auch der neue Gläubiger geltend machen".

) Kremer, a. a. O., S. 202 f.

die Bestimmung des § 774, I getroffen ist, hier ausnahmsweise eingeschränkt werden sollte. Es ist mit dem Bürgschaftsbegriff kaum vereinbar, daß die Bürgschaftsschuld infolge von Zahlung teilweise untergehen soll, während daneben die Hauptschuld in ihrem ganzen Umfange ohne Hemmung ihrer Wirksamkeit fortbesteht. Den Totalübergang der Nebenforderungen setzt auch § 774, II in der Tat voraus. Die Bestimmung ist schon der Fassung nach offenbar eine Absatz I nicht teilweise aufhebende, sondern nur modifizierende und eng zu interpretieren".

Das ist eine Begründung einer Ansicht, aber kein Beweis. Der Möglichkeit des regredierenden Mitbürgen auf Grund dieses Totalübergangs die ganze Summe einzufordern, will Kremer dadurch begegnen, daß er dem in Anspruch genommenen Bürgen eine Einrede gibt, die ihm das Recht geben soll eine Leistung über seinen Anteil hinaus zu verweigern. Eine sich selbst widersprechende Ansicht legt **Koban** dar, wenn er einesteils bei der Besprechung der Verhältnisse im österreichischem Recht sagt:

„Im deutschen Recht kann diese Frage nicht augeworfen werden, weil dort nach § 426, II die Subrogation ohnehin nur in dem Umfang erfolgt, in welchem zahlenden Bürgen nach § 426, I der selbständige Ausgleichsanspruch zusteht", (S. 169)

und sich doch wenige Seiten später auf den Kremerschen Standpunkt stellt. Sein dort angeführtes Beispiel erscheint wenig glücklich.

Auch sonst ist nirgendwo eine bessere Begründung der obigen Anschauung ersichtlich. Und in der Tat ist sie irrig. Mancherlei Gründe sprechen dagegen. Wäre die obige Auffassung richtig, so könnte der § 774, II eigentlich völlig fortfallen, da die Anwendbarkeit des § 426, Abs. I sich schon aus dem § 769 ergibt. Diesem Argument könnte Kremer mit der vielleicht möglichen Erwiderung begegnen, daß die Bestimmung des § 769 nur die Art der Haftung nach aussen regele, den internen Ausgleich der Bürgen da-

gegen nicht berühre. Ihn zu regeln sei der § 874, II nötig gewesen.

Aber auch andere Gründe sprechen gegen Kremer. In einer längeren Beweisführung, deren Darlegung hier zu weit führen würde, zeigt Bendix[7]) die Unhaltbarkeit der Kremerschen Auffassung aus der Entstehungsgeschichte. Und m. E. steht sie mit dem Gesetzestext in direktem Widerspruch. Das BGB. will die Mitbürgen als Gesamtschuldner behandelt wissen auch bezüglich der Ausgleichspflicht. Der § 774, II enthält den ausdrücklichen Hinweis auf den ganzen § 426 und nicht etwa auf dessen Absatz I. Ueber diese klare nicht mißverständliche Bestimmung kann Kremer nicht hinwegkommen.

Demgegenüber fehlt für das Kremersche Argument, daß ein teilweiser Untergang der Bürgschaftsschuld neben völligen Fortbestand der Hauptschuld mit dem Bürgschaftsbegriff unvereinbar sei, jede Begründung.

Eine Subrogation nach §§ 412, 401 vertritt auch **Planck**[8]), nur daß er gerade umgekehrt wie Kremer zu der Auffassung kommt, daß der § 774, II nur auf § 426, II Bezugnehme und den Zweck habe, den durch §§ 412, 401 gegebenen Regreßanspruch auf die sich aus §§ 769, 421, Abs. I ergebende Höhe einzuschränken. Dieser Theorie liegt die Auffassung zugrunde daß sich auch die interne Haftung der Mitbürgen untereinander bereits aus § 769 in Verb. mit § 426 ergebe. Diese Bedeutung des § 769 stellte ich bereits oben als zweifelhaft hin. Dann spricht aber auch gegen Planck der klare Wortlaut des Gesetzes, daß im § 774 die Anwendung des ganzen § 426 erfordert.

Nach richtiger Auffassung ist die Lage m. E. folgendermaßen. Die gesamtschuldnerische Haftung der Mitbürgen **untereinander** ergibt sich bereits aus § 769. Dagegen ergibt sich die Anwendbarkeit des § 426, Abs. II noch keineswegs aus dem § 769, da wie gezeigt, der § 426, II mit dem Prinzip der 412,

[7]) Bendix, a. a. O., S. 86 ff.

[8]) Planck, a. a. O., § 1225, Bem. 2 c.

401 im Widerspruch steht. Um beides in Einklang zu bringen, war eine die § 774, I in Verb. mit §§ 412, 401 einschränkende Bestimmung notwendig, eben der § 774, II.[9]) **Im § 774, II kommt ein Prinzip zum Durchbruch, daß allen Sicherheitsleistenden im Falle des § 426 nur insoweit ein Uebergang der Accessorien mit der Gläubigerforderung gewährt, soweit ihnen ein Ausgleichsanspruch zusteht.** Es wäre ja auch ein Nonsens trotz der nirgendwo, auch von Kremer nicht bestrittenen Quotenhaftung die Nebenforderungen zum vollen Betrage übergehen zu lassen.

Im Falle der Mitbürgschaft erfolgt also die Subrogation gemäß den §§ 774, II und 426, II sodaß die Forderungen gegen die Mitbürgen nur insoweit auf den zahlenden Mitbürgen übergehen, soweit dieser einen Ausgleichsanspruch hat, also abzüglich seiner Quote.

[9]) so auch Sternberg, a. a. O., S. 546; Strohal, D. J. Z. 1903, S. 373.

§ 4.

Die Ausgleichsansprüche.

I. Die Konkurrenz der Ansprüche.

Dem zahlenden Mitbürgen stehen also **zwei Regreßmöglichkeiten** zur Verfügung:

1. ein Ausgleichsanspruch auf Grund des § 426, I, also ein Anspruch aus eigenem Rechte, der nicht erst durch die Befriedigung des Gläubigers entsteht, sondern vielmehr auf dem Gesamtschuldverhältnis beruht und schon mit dessen Entstehung gegeben ist.

2. ein Ausgleichsanspruch auf Grund des § 426, II, also aus dem Gläubigerrechte kraft cessio legis, der also erst mit der Gläubigerbefriedigung entsteht.

Der § 426, I bestimmt, daß die Gesamtschuldner im Zweifel zu gleichen Teilen verpflichtet sind, normiert also einen Ausgleichsanspruch ohne besonderen Verpflichtungsgrund, der § 426, II bestimmt einen gesetzlichen Uebergang der Forderung vom Gläubiger auf den zahlenden Gesamtschuldner aus dem Motiv heraus, den Regreß unter Gesamtschuldnern zu erleichtern; denn auf diese Weise sind dem Regreßrecht des Zahlenden auch die Pfand- und Vorzugsrechte verhaftet. Nur soweit der Mitbürge Ausgleich verlangen kann, geht die Forderung auf ihn über. Wie weit diese Ausgleichspflicht besteht, richtet sich nach dem § 426, I in Verb. mit dem dem Ausgleichsanspruch zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Der Anspruch aus der cessio legis, also der Ausgleichsanspruch aus dem Subrogationsprinzip oder, wie ihn Reichel nennt, „Nachschubregreß", steht also in notwendiger Abhängigkeit zu dem lediglich auf den inneren Rechtsbeziehungen zwischen zahlenden Bürgen und seinen Mitbürgen bestehenden Regreßanspruch, nach Reichel „schlichten Erstattungsanspruch". Der Nachschubregreß setzt also immer notwendigerweise den Erstattungsregreß voraus, nicht aber umgekehrt.

II. der Ausgleich nach dem Ausgleichsprinzip (§ 426, I)

Der § 426, I bestimmt eine Ausgleichspflicht unter den Gesamtschuldnern zu gleichen Teilen, soweit ein besonderes Rechtsverhältnis fehlt. Wenn also ein Gesamtschuldner die ganze Summe zahlt, so besteht für ihn die Möglichkeit, einen Teil der Schuld auf die übrigen Gesamtschuldner abzuwälzen. Dieses Prinzip soll auf die Mitbürgen angewandt werden.

In der praktischen Regelung ergeben sich indessen einige Unterschiede. Bei den Gesamtschuldnern als den stets primär Verpflichteten besteht von vornherein Klarheit hinsichtlich der Schuldsumme. Die Mitbürgen stehen dagegen für die Erfüllung einer Verbindlichkeit ein, die zu erfüllen Sache eines Dritten ist. Bei ihnen ist also noch höchst ungewiß, welche Summe unter ihnen zu verteilen ist, da noch nicht feststeht, ob nicht der Hauptschuldner die Schuld ganz oder teilweise trägt. Hinsichtlich eines Punktes besteht allerdings immer Unklarheit, sowohl bei den Mitbürgen wie bei anderen Gesamtschuldnern. Es ist nicht gewiß, ob bei endgültiger Verteilung der Haftungslast alle Gesamtschuldner solvent sind und sich nicht durch Insolvenz eines Gesamtschuldners eine Verschiebung der Quoten ergibt. Unter Mitbürgen ist mithin immer die Verteilung eine doppelt vorläufige, einmal im Hinblick auf die mögliche Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners, andererseits auf eine eventuelle Insolvenz eines Mitbürgen.

Die Verteilung der Haftungslast gemäß § 426, I kann aber immer nur eine subsidiäre Natur haben, nur „soweit nicht ein anderes bestimmt ist". Für die Mitbürgen herrscht volle Vertragsfreiheit; auch können gesetzliche Vorschriften eine andere Verteilung ergeben, z. B. wenn ein Mitbürge in Erfüllung eines Schenkungsversprechens zahlt. (Auf diese Frage wird später noch einzugehen sein). Eine richtige Auffassung vertritt meiner Ansicht nach Koban, wenn er sagt, daß den übrigen Mitbürgen, wenn der zahlende Mitbürge, ohne vorher den Hauptschuldner in Anspruch genommen zu haben, von ihm Ausgleich verlangt, das

Recht bleiben müsse, sich auch den Mitbürgen gegenüber auf die Subsidiarität ihrer Haftung zu berufen; natürlich nicht, wenn feststeht, daß der Hauptschuldner völlig insolvent ist.

Auch in **den** Fällen hat, wie Rudorff[1]) in einem Aufsatze darlegt, der Mitbürge einen Ausgleichsanspruch, wo der Hauptschuldner, sei es in direkter Stellvertretung im Namen des Bürgen, sei es, ohne daß diese Absicht erkennbar hervortritt, in indirekter Stellvertretung, sei es als Bote, für ihn zahlt.

War ein Mitbürge nur ein Teilbürge, so ist ihm eine Ausgleichspflicht entsprechend dem Verhältnis der Summe, für die er sich verbürgt, zur ganzen Schuldsumme anzusetzen. Verbürgt er sich mit einer bestimmten Summe, so dient nur diese dem Ausgleichsanspruch.

Zweifel könnten sich ergeben hinsichtlich der **Summe,** die zur Ausgleichung gelangt. In der Regel ist sie grundsätzlich mit dem gezahlten Betrag identisch. einerlei, ob die ganze Schuldsumme oder nur ein Teil des Betrages bezahlt ist.[2]) Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob Zinsen und die dem zahlenden Mitbürgen erwachsenen Kosten auszugleichen sind. M. E. ist sie zu bejahen. Das Gesetz verfolgt mit seinen Ausgleichsvorschriften nicht den Zweck, die Mitbürgen zu gleichen Anteilen an der Schuld zu verpflichten, sondern gleiche Last soll auf ihre Schultern gelegt werden. Auch zwingt m. E. eine Analogie aus den §§ 670 und 683 zu dieser Ansicht (ebenso Evers, S. 8).

Koban nimmt zu dieser Frage für einen speziellen Fall Stellung, nämlich, wenn kraft besonderer Vereinbarung der eine dem Gläubiger nur für den

---

[1]) Rudorff, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 101, S. 403.

[2]) so Planck, zu § 426, Bem. I, Abs. 2;
Dernburg; Bürgerl. Recht, II, I, § 163, Anm. 6.
Schollmeyer, § 426, Bem. 3.
Schulz, a. a. O., S. 59, Koban, a. a. O., S. 14.
a. A., Enneccerus, Bd. 1, 2, § 318, Anm, II;
Staudinger, § 426, Bem. 3.
Reichel, a. a. O., S. 556.

reinen Schuldbetrag, der andere auch für Zinsen und Kosten haften solle. Er glaubt, dieser Vereinbarung müsse Rechnung getragen werden. Ich kann mich seiner Anffassung nicht anschließen. Der Grundsatz des § 766 würde m. E. eine Befreiung auch der anderen Bürgen herbeiführen. Nur für den Fall, daß die von Zinsen und Kosten befreite Bürgschaft so bereits bestand, als die anderen Bürgschaften übernommen wurden, halte ich Kobans Meinung für richtig.

Eine weitere Zweifelsfrage ergibt sich, wen einer der Bürgen eine Leistung an Erfüllungsstatt macht. Völlig klar ist es, daß, wenn die Leistung mehr wert ist als die eigentliche Schuldsumme, dieser Mehrwert nicht unter die Mitbürgen verteilt werden kann. Macht dagegen andererseits der zahlende Mitbürge eine Ersparnis, so erfordert die Billigkeit, daß diese Ersparnis auch den anderen Bürgen zu gute kommt. Ich vertrat bereits oben den Grundsatz. daß das Gesetz den Mitbürgen nicht gleiche Anteile der Schuld auferlegen will, sondern die Last gleichmäßig unter die Mitbürgen verteilen will. Das ist m. E. Beweis genug. Für verfehlt erachte ich das Argument, das Evers (S. 8) vorbringt: eine andere Ansicht widerspreche dem Grundsatz des § 766. Der § 766 will nur eine Benachteiligung des Bürgen verhindern, während es sich im vorliegenden Fall darum handelt, ob ein Vorteil auch den Mitbürgen zugute kommen soll.

Dasselbe muß im Falle eines Vergleichs gelten.

Zu beachten ist immer ein Punkt: Der zahlende Bürge kann das Regreßrecht stets nur insoweit ausüben, als er am Hauptschuldner hätte Regreß nehmen können. Mit diesem Gedanken regeln sich alle Fälle, wenn der Bürge zahlt, bevor die Hauptschuld fällig ist, oder nachdem der Hauptschuldner schon gezahlt hat, oder wenn seine Zahlung eine Schenkung an den Hauptschuldner darstellt, oder wenn er selbst der materiell Verpflichtete ist usw.

Die Verteilung der so festgestellten Summe erfolgt im Zweifel zu gleichen Teilen, also **nach Köpfen.**

Sind sämtliche Mitbürgen solvent, so ist die praktische Durchführung sehr einfach. Im anderen Fall kann sich die Situation schwieriger gestalten. Das Endergebnis muß jedoch immer eine gleiche Verteilung der Last sein. Stellt sich nach Leistung der anderen Mitbürgen ein Mitbürge als insolvent heraus, so sind eben die übrigen zu einer Nachleistung verpflichtet. Wird ein ursprünglich insolventer Bürge später zahlungsfähig, wird die Quote herabgesetzt. Nur wenn dem Verschulden des regreßnehmenden Bürgen der Ausfall eines Mitbürgen zuzuschreiben ist, wird er den Ausfall selbst tragen müssen.

III. Der Ausgleich nach dem Subrogationsprinzip (426, II).

Nach § 426, II gehen die Gläubigerforderungen gegen die Mitbürgen auf den zahlenden Bürgen über

1., soweit er den Gläubiger befriedigt hat und

2., soweit er von den Mitbürgen Ausgleich verlangen kann.

Daß infolge der zweiten Voraussetzung die Subrogation in notwendiger Abhängigkeit vom Bestehen eines internen Ausgleichsanspruchs steht und allein ohne jede Lebensfähigkeit ist, wurde bereits nachgewiesen. Ihr Wert besteht im wesentlichen darin, dem Ausgleichsanspruch des zahlenden Mitbürgen auch die für die anderen Bürgschaften geleisteten Sicherheiten dienstbar zu machen.

Das Gesetz begnügt sich mit der einfachen Vorschrift und drückt sich keineswegs klar aus, ob nun auf den Regreßnehmenden die Schuldsumme zum vollen Betrage unter Abzug seiner eigenen Quote übergeht unter solidarischer Haftung der Ausgleichsverpflichteten oder ob die Mitbürgen je zur Anteilsquote als nichtsolidarisch Schuldende zum Ausgleich verpflichtet sein sollen. Die Frage ist infolgedessen stark bestritten. **Kremer** (und im Anschluß an ihn Evers) steht auf ersterem Standpunkt. Er führt

Kremer, a. a. O., S. 187 ff.

Evers, a. a. O., S. 13 f.

seine Meinung allerdings nur hinsichtlich der Gesamtschuldner im allgemeinen durch, während er bezüglich der Mitbürgen die bereits abgelehnte Meinung vertritt, daß § 426, II für sie nicht gelte, sondern die Subrogation nach §§ 774, I, 412, 401 erfolge. Da die Mitbürgen nach § 769 aber Gesamtschuldner sind, muß die Richtigkeit seiner Anschauung anch in dieser Hinsicht geprüft werden. Kremer wendet sich zunächst gegen die herrschende Lehre und ihr Hauptargument, daß sie den Gesetzestext für sich habe. Er meint, das sei nicht maßgebend, da es sich um eine „rein theoretische Konstruktionsfrage" handele. Dann bestreitet er, daß die solidarische Haftung dem Gesetze zuwider laufe, da die Worte „soweit der Gesamtschuldner von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann" auch die Auslegung zuließe: soweit er überhaupt von **allen übrigen zusammen** Ausgleichung verlangen kann. Er gibt allerdings zu, daß die herrschende Meinung mehr dem Wortlaut entspräche. Kremer fährt fort: Mehr Wert als alle Wortauslegungen dürfe eine logische Untersuchung haben. Der Uebergang einer Quote sei unter drei verschiedenen Gesichtspunkten denkbar:

1.) als **konkrete** Quote, d. h. eine Quote unter Berücksichtigung des internen Rechtsverhältnisses zwischen den Mitbürgen und mit Rücksicht auf die Solvenzverhältnisse aller Schuldner.

2.) als **abstrakte** Quote, d. h. schlechthin zu einem Kopfteil.

3.) als Quote, die **einstweilen noch unbestimmt** ist, und erst durch spätere Tatsachen wie Solvenz und Insolvenz im Moment der Regreßnahme greifbar wird.

Die erste Möglichkeit mutet uns die Annahme zu, daß die sowohl dem Gläubiger als dem zahlenden Gesamtschuldner vielleicht ganz unbekannte Tatsache der Solvenz und Insolvenz einiger der Gesamtschuldner einen Einfluß auf den Umfang der Subrogation haben solle. Ferner könnte, wenigstens nachträglich, der interne Ausgleichsanspruch den Quotenanspruch übersteigen, sofern nach der Subrogation Mitbürgen

insolvent geworden wären. Umgekehrt könne bei der zweiten Möglichkeit abstrakter Bestimmungen schon von vornherein der erworbene Quotenanspruch hinter dem internen Ersatzanspruch zurückbleiben, oder aber durch später eintretende Insolvenzen überholt werden. Hierin liege nicht nur ein theoretischer, sondern auch ein praktischer Uebelstand. Die dritte Möglichkeit hält Kremer für die beste, glaubt aber auch sie ablehnen zu müssen, da es sich in diesem Falle nicht allein um eine Ungewißheit der verpflichteten Personen handele, sondern auch die von den einzelnen Verpflichteten zu zahlenden Beträge und infolgedessen der Gesamtbetrag, der später unter sie zu verteilen sei, unbestimmt sei. Die Zulässigkeit eines solchen Forderungsübergang unterliege den schwersten theoretischen Bedenken.

Als praktisches Resultat bleibe infolgedessen nur der Uebergang der ganzen Schuldsumme abzüglich einer Quote unter solidarischer Haftung der Mitbürgen. Fraglich sei jetzt nur noch die Höhe der abziehenden Quote, Kopfquote, Anteilsquote zur Zeit der Subrogation oder zur Zeit der Regreßnahme. Die letzte Meinung sei bereits durch obige Ausführung widerlegt, die zweite sei dadurch unrichtig, daß der Betrag, zu dem der zahlende gegen die Mitbürgen subrogiert werde, nicht dadurch gemindert werden dürfe, daß er infolge von zur Zahlungszeit vorhandenen Insolvenzen einen größeren Anteil als den Kopfteil selbst tragen müsse, schon deshalb, weil ja zur Zeit der Regreßnahme die Insolventen wieder solvent sein könnten. **Es bleibe also nur eine Subrogation der ganzen Schuldsumme abzüglich einer Kopfquote des Regreßnehmers unter solidarischer Haftung aller Mitbürgen.**

Eine Mittelstellung nimmt **Schulz**[1]) ein, der auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre steht — bis auf einen Spezialfall. A und B haben dem Gläubiger den X als Mitschuldner gestellt. Darin liegt: X gegenüber soll für A und B die Forderung als eigene gelten

[1]) Schulz, a. a. O., S. 52.

in ihrer vollen Höhe. In diesem Falle, wo mehrere Solidarschuldner dem Gläubiger einen Dritten als Bürgen stellen, begründete schon das Brünner Schöffenbuch c. 132 Solidarregreß:
„Quod fideiussor in solidum pro debitoribus promisit creditori — debitores ad redimendum ipsum sibi obligantur similiter insolidum vice versa".

Sonst vertritt auch Schulz den Standpunkt der h. M. Diese stützt sich auf den Wortlaut des § 426, II und sagt, die Gläubigerforderung gehe nur insoweit über, als der zahlende Mitbürge von den übrigen Sicherern Ausgleichung verlangen könne. Diese Sicherer haften ihm aber nicht mehr solidarisch, sondern gemäß § 426, I im Zweifel zu gleichen Anteilen

Welche Ansicht ist nun richtig? Schulz steht im wesentlichen auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre. Sein Beispiel ist sehr zweifelhaft. Eine Widerlegung würde hier zu weit führen (eine solche findet sich bei Schoenfeldt, a. a. O., S. 21).

Die Argumente, die Kremer gegen eine abstrakte oder konkrete Quote vorbringt, sind unbedingt stichhaltig. Würde sich die h. M. auf einen dieser beiden Möglichkeiten stützen, wäre sie praktisch undenkbar. Anders steht es mit der Möglichkeit einer variablen Quote. Die theoretischen und praktischen Gründe, die Kremer hiergegen vorbringt, sind nicht durchschlagend. Sie laufen im wesentlichen darauf hinaus, daß die Zulässigkeit einer derart schwankenden Quote undenkbar sei. Das halte ich nicht für richtig. Warum sollte eine variable Quote nicht möglich sein, besonders im Hinblick auf den Zweck des § 426, II, dem Regreßnehmenden auch die Sicherheiten dienstbar zu machen? Kremer ist uns den Beweis dafür schuldig geblieben. Bei der Verbürgung üben immer spätere ungewisse den Parteien noch unbekannte Tatsachen schon vorher einen erst später ersichtlichen rechtlichen Einfluß aus, nämlich die Mitübernahme der Haftung für noch ungewisse Kosten und Zinsen schon bei der Verbürgung. Hierin liegt also keine Besonderheit. Wie weit der zahlende Regreß nehmen kann, stellt sich im Laufe

der Entwicklung herans und soweit sind ihm auch die Sicherheiten verhaftet. Darin besteht nämlich die Abhängigkeit des § 426, II. Die Höhe des internen Ausgleichsanspruchs ist noch unsicher und infolgedessen, was nicht verwunderlich ist, auch die Höhe des Anspruchs nach dem Subrogationsprinzip. Das will der Wortlaut des § 426, II besagen. „Soweit er von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann" und das ist nach § 426, I im Zweifel zu gleichen Teilen, geht die Gläubigerforderung über. Darüber kommt Kremer nicht hinweg, wie er ja selbst zugibt, daß der Wortlaut mehr für die h. M. spricht. Seine Beweisführung kann dieses wichtige Argument nicht beseitigen.

Im praktischen Ergebnis laufen beide Meinungen auf dasselbe hinaus. Denn auch Kremer zieht aus seiner Lehre nicht etwa die letzte Konsequenz, daß der Regreßnehmende nun den Subrogationsanspruch in voller Höhe gegen einen Mitbürgen geltend machen könne, sondern operiert jetzt mit einer sog. alternativen Actionenkonkurrenz.[2]) Unbestrittenermaßen, so legt er dar, besteht zwischen dem abgetretenen Anspruch und dem internen Ausgleichsanspruch eine sog. alternative Actionenkonkurrenz, kraft deren der eine Anspruch durch Erfüllung des anderen erlischt **und niemals weiter als der andere geltend zu machen ist,** sodaß der Subrogierte praktisch mit der actio cessa doch gegen den Mitschuldner nur für dessen Schuldquote regredieren kann. Die ganze Streitfrage ist also praktisch ohne große Bedeutung, theoretisch dagegen sehr interessant.

IV. Schutz der Ausgleichung.

Die Ausgleichung bedarf eines Schutzes. Die Rechte eines Gläubigers gegen die Mitbürgen können nur übergehen, soweit sie noch bestehen. Es stände also in der Macht des Gläubigers, die im Gesetze getroffene Regelung durch willkürliche Verfügungen

[2]) Kremer, a. a. O., S. 188.

seinerseits auszuschalten, durch Erlaß für einzelne Mitbürgen, durch Gewährung von Erleichterungen usw. Derartige Verfügungen dürfen natürlich grundsätzlich die Ersatzforderungen nicht berühren Wie dies zu erreichen ist, darüber habe ich in der Wissenschaft nirgendwo völlige Klarheit gefunden. Ein Teil scheint der Ansicht, daß derartige Verfügungen nur relativ gegen den Gläubiger wirksam seien, gegen die Mitbürgen dagegen wirkungslos. Diese Regelung findet sich im § 1363 Oesterr. BGB, der expressis verbis zwar nur von der Entlassung redet, im Prinzip aber wohl auch auf andere Benachteiligungen der Ausgleichsmöglichkeit auszudehnen ist.[1])

Das deutsche Recht geht jedoch in seiner Regelung weiter. Es erachtete einen weiterbestehenden Anspruch aus dem Innenverhältnis nicht für genügend, sondern bestimmt vielmehr ein Untergehen der Mitbürgenpflichten gegenüber dem Gläubiger, soweit dessen Verfügung die Ausgleichsmöglichkeit der Mitbürgen benachteiligt. Die Verfügungen selbst dagegen sind im deutschen Recht vollauf wirksam, auch gegen die Mitbürgen, nicht nur relativ gegenüber dem Gläubiger.

Wenn aber ein Bürge, vielleicht in Unkenntnis, trotzdem den Gläubiger voll befriedigt, so hat er ohne Rechtsgrund geleistet und kann mit der condictio sine causa Rückerstattung beanspruchen, soweit seine Verpflichtung gemäß § 776 erloschen war.

Streitig kann nur sein, was im § 776 unter „Aufgeben" zu verstehen ist. Sicher gehört der Erlaßvertrag mit einem Bürgen, Uebernahme der Bürgschaftsschuld durch einen anderen, der insolvent ist, und wohl auch eine Confusion von Gläubigerrecht und Schuldnerpficht durch Cession der Hauptforderung dazu. Wenn aber einzelne Autoren, wie z. B. Koban, S. 166, 176 eine Confusion durch Beerbung des Gläubigers seitens eines Bürgen oder des Bürgen durch einen Gläubiger hierzu zählen wollen, geht das unbedingt zu weit. Das hat mit „Aufgeben" eines Rechts wirklich nichts mehr zu tun.

[1]) vgl. Koban, a. a. O., S. 161 ff.

Aber auch in diesen Fällen steht der Ausgleichsanspruch nicht ohne Schutz da. Nach § 425[2]) wirkt in diesem Fall eine Vereinigung der Schuld mit der Forderung nur subjektiv. Die Haftung der übrigen Gesamtschuldner bleibt bestehen, weil der Schuld**zweck** für sie noch nicht erfüllt ist. Zweck der Bürgschaftsverpfichtungen ist in erster Linie Sicherung der Hauptforderung, dann aber auch vom Gesetz ausdrücklich beigelegt ein Dienen dem Ausgleichsanspruch. Für die übrigen Bürgenverpflichtungen sind beide Zwecke noch nicht erfüllt, ihr Bestehenbleiben dient beiden weiter; für die nun mit der Gläubigerforderung vereinigte Bürgschaftsschuld ist der erste Zweck hinfällig geworden, der zweite aber bleibt bestehen und muß einen Einfluß haben. Dieser ist nicht so stark, das Bestehenbleiben der Bürgschaftsschuld zu bewirken, da niemand sein eigener Schuldner sein kann, enthält aber für den nunmehrigen Gläubiger die Verpflichtung, bei Beitreiben der Gläubigerforderung diesen Anteil in Abzug zu bringen.

Einen ganz ähnlichen Gedanken bringt übrigens Kremer bei der Behandlung des Verhältnisses des § 426 zum § 422. Dort mußte, wie ich eben nachwies, dieser Gedankengang an der positiven Bestimmung des § 422 scheitern; im jetzigen Falle aber dringt der an sich richtige Gedankengang durch, da ihm keine Gesetzesbestimmung Einhalt gebietet.

---

[2]) § 425: „Andere als die in den §§ 422–424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.

Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners von der Verjährung, der Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteil".

B.

Ausgleichsansprüche zwischen Drittverpfändern.

§ 5.

Einleitendes.

Der zweite Teil dieser Arbeit hat die Untersuchung der Ausgleichsmöglichkeiten beim Zusammentreffen mehrerer dinglicher Haftungen zur Aufgabe. Ein großer Unterschied springt von vornherein ins Auge. Während bei der Bürgschaft als Personalhaftung stets ein Dritter die haftende Person sein muß, kann die haftende Sache bei der Realhaft auch vom Hauptschuldner selbst gestellt werden — ein Fall, der für unsere Untersuchung naturgemäß nicht in Frage kommt. Dieser Grund zwingt auch zu einem Verzicht auf den dem Ausdruck „Mitbürgen" entsprechenden Ausdruck „Mitverpfänder", da dieser den Hauptschuldner, der ebenfalls ein Pfand gestellt hat, im Begriffe nicht ausschließt. Es empfiehlt sich demnach für die Verpfänder, die nicht gleichzeitig Hauptschuldner sind, der Ausdruck „Drittverpfänder".

Wiederum nicht im Rahmen dieser Arbeit liegt eine Untersuchung der Regreßmöglichkeit eines Drittverpfänders gegen den Hauptschuldner, die sich aus §§ 1225, Satz I, 412, 401 ergibt. Uns interessiert hier lediglich der Regreß eines Drittverpfänders gegen die anderen Drittverpfänder, wenn er den Gläubiger durch Zahlung oder dieser sich durch zwangsweise Beitreibung befriedigt.

Diese Aufgabe teilt sich von selbst in drei Gesichtspunkte, und zwar die Ausgleichsmöglichkeiten

1.) unter Drittverpfändern beweglicher Sachen,

2.) bei der Gesamthypothek,

3) wenn Pfand und Hypothek zusammentreffen.

Im Gesetze findet sich die Unterscheidung zwischen Drittverpfänder, dem Besteller des Pfandes, und Drittеigentümer, dem Eigentümer des Pfandes. In der Regel werden beide stets dieselbe Person sein. Doch sind auch andere Fälle denkbar, vor allem, daß ein Nichtberechtigter das Pfandrecht bestellt. Hier gelten

nach §§ 1207, 932, 934, 635 die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb. Ist der Pfandgläubiger nicht in guten Glauben, so entsteht auch kein Pfandrecht, wohl aber kann nach § 185 Konvaleszens eintreten.

Regelmäßig wird der Fall so liegen, daß der Drittverpfänder mit seinem Willen in Beziehung zum Gläubiger getreten ist, während der Dritteigentümer nach dem oben Gesagten oft ohne sein Zutun in solche Beziehung gerät. An dieser Tatsache konnte das Gesetz nicht vorübergehen, und sie mußte sich in der verschiedenartigen Regreßmöglichkeit des Drittverpfänders und Dritteigentümers widerspiegeln, wie sich in den folgenden Ausführungen zeigen wird. Der Drittverpfänder ist bei der Gläubigerbefriedigung durch das Innenverhältnis zur Rücksichtnahme auf den Schuldner verpflichtet, während dem ohne seinen Willen in das Schuldverhältnis geratenen Dritteigentümer diese Rücksichtnahme fern liegt.

Wenn die hier aufgestellten Sätze richtig sind, so müssen in dem Regelfalle, wo Drittverpfänder und und Dritteigentümer identisch sind, die Vorschriften über den Drittverpfänder maßgebend sein, da sich ja auch in diesem Falle der Pfandbesteller freiwillig in das Schuldverhältnis eingemischt hat. Die folgenden Ausführungen werden sich also mit dem oben gestellten Regelfalle beschäftigen und nur ergänzungsweise die Abweichungen im Falle des Dritteigentümers, der das Pfandrecht nicht bestellt hat, behandeln.

§ 6.

Der Ausgleich unter Verpfändern mehrerer beweglicher Sachen.

I. Der Forderungsübergang.

Wenn ein Drittverpfänder den Gläubiger befriedigt, so geht nach § 1225[1]) die Hauptforderung auf ihn über. Das ist ein weiterer Fall der Subrogation. Die klare Bestimmung bedarf keines Kommentars.

Zweifelhaft erscheint nur, ob der § 1225 auch dann Anwendung findet, wenn der Drittverpfänder nicht zahlt, sondern der Pfandgläubiger das Pfand veräußert. Strohal zieht aus der Tatsache, daß im letzteren Falle das Pfand erlischt, die Folgerung, daß damit eine Tilgung der Schuld überhaupt eintrete, und infolgedessen der § 1225 nicht Platz greifen könne. Zu Unrecht! Es ist zuzugeben, daß das BGB. zwischen Einlösungszahlung und Befriedigen aus dem Pfande eine Unterscheidung macht. Aber, wie Cohn richtig sagt, gilt das doch nur für das Außenverhältnis zum Gläubiger. Zweck des § 1225 ist es, dem in Anspruch genommen Drittverpfänder die Möglichkeit eines Regreßes zu geben, da er für fremde Schuld einsteht. Es ist nicht einzusehen, warum er diese Möglichkeit nicht haben sollte, wenn sich der Gläubiger durch Pfandverkauf befriedigt. Die Bejahung ergibt sich m. E. auch aus dem §§ 1228, I, 1247.

Es könnte ferner die Frage auftauchen, ob auch auf den Drittverpfänder, der nicht zugleich Dritteigentümer ist, die Forderung stets übergeht, oder ob man den Forderungsübergang auf die Fälle beschränken muß, wo der Verpfänder auf Grund irgendeiner Berechtigung oder Verpflichtung zahlt[2]). Und in der Tat erscheint es zunächst ungerechtfertigt, den Drittverpfänder unter Durchbrechung der Vorschriften der

[1]) § 1225: „Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 finden entsprechende Anwendung".

[2]) so Wunderlich, a. a. O., S. 40.

G. o. A. die Hauptforderung erwerben zu lassen, der sich ohne Berechtigung oder ohne Verpflichtung in die fremde Angelegenheit mischt. Er ist weder der Hauptschuldner, noch der mit dem Pfande dinglich Verhaftete. Jedoch auch diesem Drittverpfänder kann man ein berechtigtes Interesse an dsr Hauptforderung nicht abstreiten, eine Tatsache, die ja auch das Gesetz in den § 1223 ff. zum Ausdruck bringt. Er hat in diesem Fall eine bürgenähnliche Stellung, d. h. er erwirbt genau wie dieser bei jeder Art der Zahlung, ob berechtigt oder unberechtigt, gezwungen oder freiwillig, die Hauptforderung. Der Hauptschuldner ist lediglich auf die Geltendmachung vou Einreden angewiesen. Ich halte mit Koban[3]) eine einschränkende Auslegung des § 1225 für nicht berechtigt.

Die Hauptforderung geht ganz oder zum Teil über, je nachdem der Gläubiger befriedigt wird[4]).

Mit der Forderung geht nach § 1250 das Pfandrecht über, soweit es nicht, wenn der Drittverpfänder Eigentümer des Pfandes ist, nach § 1256 durch Confusion erlischt. Wenn der Drittverpfänder den Gläubiger nur teilweise befriedigt und die Hauptforderung infolgedessen auch nur teilweise auf ihn übergeht, so bleibt das Pfandrecht **ganz** beim Gläubiger.

II. Der Streit um den Ausgleich.

Nach der Allgemeinregel müßten mit der Hauptforderung die für sie bestehenden Nebenrechte in voller Höhe übergehen gemäß §§ 412, 401. Das Ergebnis wäre, daß die zuletzt in Anspruch genommene Sicherheit stets die ganze Last zu tragen hätte. Jeder Sicherheitsleistende würde sich also bemühen, daß der Gläubiger zunächst seine Sicherheit in Anspruch nimmt, damit er seinerseits in voller Höhe an einem anderen Sicherheitsleistenden Regreß nehmen könnte. Daraus würde sich ein Wettrennen zur Befriedigung des Gläubigers ergeben. Eine Regelung enthält die im § 1225 enthaltene Verweisung auf den § 774.

[3]) Koban, a. a. O., S. 98.

Aber diese Regelung läßt mancherlei Unklarheiten offen, und in der Wissenschaft herrscht über die Auslegung des § 1225, Satz 2 lebhafter Streit. Im folgenden soll zunächst ein Ueberblick über die verschiedenen Meinungen gegeben werden.

Ein Teil der Wissenschaft vertritt den Standpunkt, daß die Verweisung im § 1225 sich nur auf den Abs. I des § 774 beziehen kann. Früher wurde mehrfach die Meinung vertreten, daß die Anführung des ganzen § 774 ein Redaktionsversehen sei. Es dürfe genau wie in dem entsprechenden Falle des § 1143 bei der Gesamthypothek nur § 774, Abs. I heißen Eine analoge Anwendung des § 774 sei unmöglich, da die Verpfänder dem Gläubiger nicht persönlich haften. (Biermann, Staudinger, Fischer-Henle, Endemann).

Sie kann als überwunden gelten. Staudinger und Biermann selbst sind in den neueren Auflagen von ihrem Standpunkt abgewichen.

Mit völlig anderer Begründung vertritt **Planck**[1]) eine Nichtanwendung des § 774, Abs. II. Der Zusammenhang sei folgender: § 774, II komme schon aus rein sachlichen Gründen nicht in Frage. Die Vorschrift des § 774, II habe überhaupt nur eine negative Bedeutung, nämlich die, die Subrogation nach § 774, Abs. I auf die durch § 769 gebotene Höhe zu beschränken. Der Ausgleich selbst bestimme sich im Mitbürgenrecht schon nach § 769. Um im Regreßrecht unter Mitverpfändern Entsprechendes zu schaffen, sei eine Verweisung auf § 769 notwendig gewesen. Da dessen entsprechende Anwendung gar nicht in Frage komme, so werde die Rechtsverweisung des Abs. II in § 774 hier gegenstandslos. Der größte Teil der Wissenschaft steht allerdings in Ablehnung der obigen Ansicht auf dem Standpunkt, daß die Verweisung im § 1225 sich auch auf den § 774, Abs. II beziehe, nur herrscht unter ihnen der Streit, ob sich dessen Weiterverweisung auf den § 426 nur auf Abs. II oder auch auf Abs. I dieses Paragraphen bezieht, mit anderen Worten, ob ein Ausgleich nur auf Grund eines beson-

[1]) Planck, a. a. O., zu § 1225.

deren Rechtsverhältnisses stattfindet, oder ob auch bei mehreren Drittverpfändern ein allgemeiner interner Ausgleichsanspruch besteht.

Den ersteren Standpunkt vertritt vornehmlich **Sternberg**[2]). Er sagt, die Bedeutung des § 774, II liege darin, die Rechte gegen die Mitbürgen auf den zahlenden Mitbürgen nur so weit übergehen zu lassen, als er auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses Ausgleich verlangen könne. Bei der Bürgschaft sei dabei eine Ausgleichspflicht gesetzlich statuiert, eine Regelung, die für mehrere Drittverpfänder nicht gegeben sei, da es hier an einer Rechtsgemeinschaft mangele und an einem richtigen Maßstab für die Verteilung der Haftungslast. Bei richtiger Verwertung des Gedankens aus § 774, II könne daher ein Ausgleich nur auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses stattfinden. Den gleichen Gedankengang enthalte bei der Gesamthypothek der § 1173.

Strohal[3]) führt im Anschluß an Sternberg die gleichen Ansichten aus. Auch **Boethke**[4]) ist am Schlusse einer Kritik der Kremerschen „Mitbürgschaft" dieser Ansicht, wenn auch nicht expressis verbis, beigetreten, Auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte vertritt sie.

Von verschiedenen Seiten ist man dieser Ansicht entgegengetreten und hat einen internen Ausgleichsanspruch auch unter Drittverpfändern vertreten. Hier hat man ebenfalls verschiedene Wege eingeschlagen, indem man diesen Ausgleichsanspruch teils aus der Verweisung des § 774, II auf den ganzen § 426 herauslas, teils aber den § 426 direkt anwandte mit der Behauptung, die Drittverpfänder seien wie die Mitbürgen Gesamtschuldner und die §§ 774, II und 1225 in Verb. mit § 774, II seien nur ausdrückliche Hervorhebungen, um Zweifel zu beseitigen.

Auf der Grenze zwischen Strohal und seinen Gegnern steht **Biermann**[5]), der sich für keine Ansicht

[2]) Sternberg, a. a. O., S. 549 ff.

[3]) Strohal: in Iher. 61 S 94 ff.

[4]) Boethke, a. a. O., S. 859/60.

[5]) Biermann, Sachenrecht, 3. Auflage zu § 1225.

entscheiden will. Er sagt, wenn ein besonderer Ausgleichsanspruch bestehe, so bedeute die entsprechende Anwendung des § 774, II in Verb. mit § 426 jedenfalls einen Uebergang nach Maßgabe dieses Ausgleichsanspruchs. Wenn nicht, dann sei es fraglich, ob ein Ausgleich zu gleichen Teilen stattfindet oder gar keiner. Für erstere Meinung sprechen die Verweisung auf den ganzen § 426, für die zweite die Regelung bei der Gesamthypothek. Er läßt den Streit offen, da für keine Meinung überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe vorhanden seien.

Martinius[6]) geht einen Schrittt weiter. Obwohl er sonst völlig die Strohalschen Ansichten vertritt, weicht er dennoch im Fall des § 1225 von ihm ab und spricht sich für eine analoge Anwendung des § 774, II aus.

Breit[7]) befaßt sich in erster Linie mit dem Ausgleich zwischen dem Bürgen und Drittverpfändern, legt aber dabei seinen Standpunkt dar, daß durch den Hinweis auf den ganzen § 774 zwischen Drittverpfündern ein mitbürgenähnliches Verhältnis geschaffen werde.

Der gleichen Meinung sind **Sellner**[8]) und **Wolff.**[9])

Bendix[10]) und **Cohn**[11]) sehen in mehreren Drittverpfändern Gesamtschuldner, für die sofort das allgemeine Ausgleichsprinzip aus § 426 maßgebend sei. §§ 774, II und 1225, Satz 2 seien nur ausdrückliche Hervorhebungen aus Zweckmäßigkeitsgründen. Cohn führt diesen Standpunkt genauer aus. Er baut auf auf dem früher schon erwähnten Unterschied zwischen Tilgungszahlung und Einlösungszahlung. Wie die Bürgenzahlung so sei auch die Drittverpfänderzahlung Einlösungszahlung. Dies sei auch der Fall, wenn

---

[6]) Martinius, a. a. O., S. 543 ff.
[7]) Breit, a. a. O., S. 283 ff.
[8]) Sellner, a. a. O., S. 477.
[9]) Wolff, a. a. O., § 140, Note 17; § 160, Note 6; § 165, II.
[10]) Bendix, a. a. O., S. 84 ff.
[11]) Cohn, a. a. O., S. 410 ff.

Zwangsbeitreibung seitens des Gläubigers erfolge, der § 1225 sei nicht auf freiwillige Zahlung beschränkt. Fortfahrend versucht er den Nachweis, daß Drittverpfänder Schuldner des Gläubigers seien. Als Beweis führt er an, der § 1142 kenne die Fälligkeit der Forderung gegenüber dem Eigentümer unabhängig von der Fälligkeit gegenüber dem persönlichen Schuldner; § 1146 wende auf den Eigentümer folgerichtig Verzugsgrundsätze an. Nach § 1137 in Verb mit § 1143 ständen ihm die Einreden zu, die sowohl dem Schuldner als dem Bürgen zuständen. Das alles erkläre sich nur aus der Schuld. Diese Vorschriften befänden sich zwar nur bei der Hypothek, bedürften aber bei der Verpfändung beweglicher Sachen keiner Wiederholung. Der Drittverpfänder sei also Schuldner gegenüber dem Gläubiger. Die logische Folge sei, daß mehrere Drittverpfänder Gesamtschuldner seien.

Schulz[12]) scheint der gleichen Ansicht, ohne eine nähere Begründung zu geben. Er sagt nur, die Ansicht, die sich darauf stütze, daß „die Verpfänder dem Gläubiger nicht persönlich hafteten", verkenne den Ausgleichsgedanken bei der Mitbürgschaft und „den schuldrechtlichen Charakter des Pfandrechts".

Staudinger[13]) schließt sich an, allerdings nicht ohne Bedenken, „des befriedigendes Endergebnisses halber".

Ganz von der Person des Verpfänders abstrahiert **Koban**[14]) den Ausgleich. Auch er will den ganzen § 426 anwenden. Aber eine entsprechende Fassung des § 774, II „mehrere Verpfänder haften nur nach § 426" sei ausgeschlossen, da die Verpfänder persönlich überhaupt nicht hafteten und ihnen deshalb der obligatorische Ausgleichsanspruch des § 774, II mit § 426 nicht zuerkannt werden könne. In entsprechender Fassung müsse § 774, II lauten: „Mehrere Pfänder haften einander nur nach § 426". In diesem Sinne bestehe dann auch ein interner Ausgleichsanspruch nach § 426.

[12]) Schulz, a, a. O., S. 70.
[13]) Staudinger, a. a. O., zu § 1225.
[14]) Koban, a. a. O., S. 199, 200.

Zur Kritik der einzelnen Theorien erscheint es mir am geeignetsten, gleichzeitig ihre Auswirkung in der Praxis zu betrachten.

Die Anschauung, daß ein Redaktionsversehen vorliege, ist von vornherein undiskutabel. Man kann doch nicht jede unbequeme Gesetzesvorschrift einfach für ein Redaktionsversehen erklären. Aber auch Plancks Ansicht ist nicht haltbar. Bezieht man die im § 1225 enthaltene Verweisung nur auf § 774, I, so ergibt sich ein steter Uebergang der Sicherheiten auf den Zahlenden, der dann seinerseits in voller Höhe Regreß nehmen kann. Die endgültige Last trifft den zuletzt Inanspruchgenommenen. Das erscheint mir unannehmbar. Planck sucht diesen Einwand als grundlos zu entkräften. Jeder Verpfänder müsse von vornherein damit rechnen, daß seine Sache in Anspruch genommen wird. Wolle er das nicht, so dürfe er eben kein Pfand bestellen. Mehr oder minder sicher könne er vielleicht darauf rechnen, ohne Schaden aus der Sache herauszukommen. Aber rechtlich habe er mit der Verpfändung über die Sache verfügt. Ihm bleibe eben nur sein Vertrauen auf den Schuldner, und wenn dieses getäuscht werde, sein Rückgriff auf diesen. Wenn er also endgültig den Schaden trage, liege darin keine Unbilligkeit.

Wenn diese Begründung Plancks richtig wäre, warum hätte dann das Gesetz bei der Bürgschaft, wo die Verhältnisse ganz entsprechend liegen, eine andere Regelung getroffen?

Weiter ergibt sich bei der Planckschen Auffassung die merkwürdige Folge, daß immer der gerettet ist, der zuerst den Gläubiger befriedigt. Planck erwidert darauf, warum sollte nicht, wie so oft im Leben, der zuerst mahlen, der zuerst kommt. Man kann es nicht für unerträglich erklären, daß demjenigen ein Ausgleich winkt, der ohne Zögern, ohne grundlose Einwendungen, ohne langen Prozeß dem Gläubiger leistet, was ihm gebührt.

Darin mag Planck wohl recht haben, wohl aber ist es unerträglich, wenn jeder Sicherheitsleistende mit allen Mitteln, lauteren und unlauteren, der erste beim

Gläubiger sein will, um sich eine Regreßmöglichkeit zu erhalten. Auch spricht gegen Planck der rein sachliche Grund, daß seine Argumentation nicht richtig ist.

Mag auch die gesamtschuldnerische Haftung der Bürgen untereinander bereits im § 769 ausgesprochen worden sein, so ist sie doch im § 774, II wiederholt, gleichgültig, daß diese Bestimmung nur einen einschränkenden Zweck gegenüber § 774, I verfolgt. § 774, II ist also nicht gegenstandslos für den Ausgleich unter Mitverpfändern.

Bei der Ansicht Strohals und seiner Anhänger fände eine Subrogation nur auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses statt, also in der Regel überhaupt nicht. Es hinge also von der Willkür des Gläubigers ab, wer von mehreren Sicherheitsleistenden den Schaden zu tragen hätte. Auch das erscheint mir unbillig.

Ihr Hauptargument ist die entsprechende Lage bei der Gesamthypothek, wo nach ihrer Ansicht das Gesetz eine positive Regelung in ihrem Sinne getroffen haben soll. Das Gegenteil zu beweisen, wird Aufgabe späterer Ausführungen sein.

Der Billigkeit entspricht m. E. einzig die Ansicht der Schriftsteller, die auch unter Drittverpfändern einen allgemeinen Ausgleichsanspruch annehmen. Für verfehlt halte ich die Kobansche Fassung. Richtig ist es zwar, daß die Verpfänder dem Gläubiger nicht persönlich haften, doch ebenso richtig ist es auch, daß mehrere Pfänder einander nicht haften können. Im Ergebnis läuft allerdings die Kobanschen Fassung auf dasselbe hinaus.

Um dieses Ergebnis ist m. E. das einzige Richtige. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob durch die Verweisung im § 1225 auf § 774, II und damit auf den ganzen § 426 diese Regelung vorgeschrieben wird. M. E. sind mehrere Drittverpfänder und weiterhin mehrere Dritteigentümer von mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücken Gesamtschuldner und infolgedessen der Ausgleichsregelung des § 426 direkt unterworfen. Dies auf der Grundlage der Lehre von Schuld und Haftung zu beweisen, wird Gegenstand der folgenden Ausführungen sein.

III. Die Lehre von Schuld und Haftung.

Um den Einfluß des Unterschiedes zwischen Schuld und Haftung auf das heute geltende Recht klar erkennen zu können, empfiehlt sich ein Ueberblick über den historischen Werdegang dieser Begriffe.

Drei Führernamen leuchten auf dem Wege fortschreitender Erkenntnis:

Brinz, der zuerst in der romanistischen Rechtsdogmatik die Begriffe Schuld und Haftung herausarbeitete,

v. Amira, der sie ausbaute auf rechtshistorischem Gebiet, besonders der Germanistik, und

Strohal, der ihren Uebergang in das geltende Recht zeigte.

Ihren Lehren ist hier im wesentlichen Folge geleistet.

Im römischen Recht waren Schuld und Haftung verschmolzen. Alles fiel unter den Gemeinbegriff „obligatio", der ursprünglich die Verstrickung, Haftung (obligatio rei, obligatio personae) bezeichnete, später aber auch zur Bezeichnung des Entstehungsgrundes, des Forderungsrechts und der Schuldnerpfiicht verwandt wurde. Damit ist allerdings nicht gesagt, daß die Unterschiede im römischen Recht nicht vorhanden gewesen seien. Sie werden denn auch von Brinz richtig erkannt. Doch war der Unterschied bedeutungslos, da das Erfüllenmüssen notwendiges Kriterium der Schuld war; die Konstruktion einer von jeder Haftung losgelösten Verpflichtung war wertlos.

Dagegen unterschied das germanische Recht scharf die beiden Begriffe, und die fortschreitende Rechtswissenschaft erkannte diese Unterscheidung als uraltes indogermanisches Erbe.

So scharf war diese Trennung, daß Schuldrecht und Haftungsrecht in völlig gesonderter Stellung nebeneinander standen, sodaß für beide ein besonderes Rechtsgeschäft erforderlich war[1]).

In der ältesten Zeit war die Schuld ein „Büßensollen" für unrechtmäßiges Handeln. Erst später trat

[1]) Puntschart; Schuldvertrag, S. 99 ff., 344 ff.
Gierke, a. a. O., S. 119, 132 ff.

dazu die Vertragsschuld. Aber da im germanischen Recht das ganze Schuldverhältnis aus dem Gesichtswinkel des Unrechts betrachtet wurde, entstand die Schuld zuerst auch noch nicht mit der Vertragsabrede, sondern erst durch Nichteinhaltung der Abrede.

Schuld im Sinne des deutschen Rechts ist rechtliches Sollen (so auch v. Gierke). Schulden und sollen sind ursprünglich gleiche Begriffe. Noch im Sachsenspiegel III, 40. § 3 steht der Ausdruck „jeneme, dem dat silver sal' für jemand, dem Geld geschuldet wird.

Der Schuldner soll leisten. Schuld enthält also zunächst ein **Leistensollen.**

Daneben aber noch eine zweite Seite, ein Recht auf die Leistung, ein **Bekommensollen.** Das Wort Schuld wird sowohl für das Leistensollen, wie für das Recht auf die Leistung gebraucht; „Schuldner" ist auch der, der etwas bekommen soll[2]). Man spricht in diesem Zusammenhang von „Gläubigerschuld".

Schuld ist also die Zusammenfassung eines Rechtsverhältnisses mit einer aktiven Seite, dem Leistensollen, und einer passiven, dem Bekommensollen. Dabei ist die wichtigere Seite das Bekommensollen. Das Leistensollen ist nur des Bekommensollens wegen da. Hauptsache ist die Befriedigung des Gläubigers. Wer die Leistung macht, ist belanglos. Dieser Gedanke hat heute noch in der Regelung des § 267 seinen Ausdruck gefunden.

Aber das Schuldverhältnis bedeutete auch **nur** ein Sollen, enthielt keinerlei Erzwingbarkeit. Diese gab erst das hinzutretende Haftungsverhältnis. Die älteste Art der Haftung war die Sachhaftung, zu der erst später die Personenhaftung hinzutrat, die ursprünglich auch eine Art Sachhaftung war in der Form der Geiselschaft. Später beschränkte sich die Haftung mehr und mehr und man kam zur Vermögenshaftung.

Das Haftungsverhältnis wurde begründet durch ein besonderes Rechtsgeschäft, einen Haftungsvertrag. Ursprünglich war dazu ein formelles Treugelöbnis er-

[2]) Schuldenaere, schuldmann.
v. Amira, I, S. 36 ff.;
Puntschart, a. a. O., S. 215 ff.

forderlich, aber die strenge Form ging mehr und mehr verloren.

Im germanischen Recht war also eine Schuld ohne Haftung, die heute nur noch in der Form der Naturobligation besteht, häufig, nämlich alle die Fälle, wo neben dem Schuldvertrag kein besonderer Haftungsvertrag bestand. Keineswegs aber gab es eine Haftung ohne Schuld, jede Haftung hatte als notwendige Voraussetzung eine allerdings möglicherweise auch zukünftige Schuld.

Nach der Rezeption des römischen Rechts verlor unter dem Einfluß der römischen Obligationenlehre die Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung viel von ihrer großen Bedeutung. Sie behielt aber immerhin noch soviel Lebenskraft, sich in deutschrechtlichen Gebilden fortzusetzen und bei der Neugestaltung des nationalen Rechts zu neuer Bedeutung zu erstehen.

Und in der Tat ist die Unterscheidung von Schuld und Haftung heute wieder bedeutungsvoll. Man hat dies bestritten und in der Neuaufstellung der Begriffe Schuld und Haftung eine Wiederbelebung längst verschollener Zustände, die nur noch theoretisch denkbar, aber praktisch wertlos sei, gesehen. Aber zu unrecht. Die Terminologie des Gesetzes zwar macht keinerlei Unterscheidung, sondern gebraucht beide Ausdrücke durcheinander. Jedoch aus rein geschichtlicher Notwendigkeit muß sich bei dem starken Einfluß germanischen Rechts auf die Gestaltung des BGB. die Unterscheidung irgendwo ausgewirkt haben. Zwar im Regelfalle fallen heute Schuld und Haftung zusammen, da im Gegensatz zum germanischen Recht die Begründung des Schuldverhältnisses das Haftungsverhältnis einschließt. Aber das BGB. kennt auch andere Fälle, wo Schuld und Haftung auseinanderfallen, in der Naturobligation eine Schuld ohne Haftung, in Hypothek und Mobiliarpfand für zukünftige Schuld eine Haftung ohne Schuld, er kennt ferner eine Haftung für fremde Schuld usw.

Ein weiterer klarer Beweis ergibt sich aus der Verschiedenheit der Haftungsarten. Es gibt eine reine

Sachhaftung, die Grund- und Rentenschuld, eine Sachhaftung neben persönlicher Haftung, Hypothek und Pfandrecht, es gibt eine reine Personenhaftung: die des Bürgen oder des Hauptschuldners selbst.

Diese Argumente scheinen mir ein klarer Beweis für das Vorhandensein beider Begriffe im BGB., und zwar liegt ihnen beiden die scharfe Trennung ihrer geschichtlichen Entwicklung noch heute inne.

Schuld ist ein rechtliches Sollen, getrennt in ein Leistensollen und ein Bekommensollen, wobei auf das Bekommensollen das Hauptgewicht gelegt ist. Der Beweis dafür liegt im § 267.

Haftung dagegen ist das Einstehen für diese Schuld, die passive Seite der dem Gläubiger zustehenden Zwangsmacht, seine Forderung zu realisieren.

Schuld und Haftung sind beide passiv, auf der Aktivseite müßte man ihnen Forderung- und Zugriffsrecht gegenüberstellen.

IV. Die gesamtschuldnerische Stellung mehrerer Drittverpfänder.

Wenn wir die so gewonnenen Resultate auf die uns beschäftigende Frage anwenden, ob mehrere Drittverpfänder Gesamtschuldner sind, erkennen wir sofort, daß die Beantwortung der Frage lediglich davon abhängt, wie weit der oben gewonnene Begriff der Schuld auf das Verhältnis eines Drittverpfänders zum Gläubiger paßt. Der Drittverpfänder haftet dinglich mit dem verpfändeten Gegenstand. Ist er aber auch Schuldner?

Das sein Bekommensollen des Gläubigers vorliegt, ist fraglos; es steht also nur zum Beweise, ob den Drittverpfänder ein Leistensollen trifft. Es ist vielfach die Behauptung aufgestellt worden, der Drittverpfänder sei gar kein Verpflichteter, ihn treffe kein Sollen, sondern er müsse nur die Befriedigung aus dem Pfande **dulden.** Zum Beweise hat man die Herkunft des Pfandrechts an beweglichen Sachen aus dem römischen Recht angeführt, daß die „res“ als „obligiert“, d. h. verpflichtet betrachtete. Ferner hat man sich darauf gestützt, daß

diese Auffassung ganz dem Volksbewußtsein entspreche Ich habe das Pfandobjekt in der Hand und werde es veräußern, du kannst dies aber durch Zahlung abwenden (Winkler a. a. O., S. 92).

Diese Beweisführung ist nicht durchschlagend. Der zweite Grund ist m. E. zum Beweise absolut ungeeignet und dazu noch nicht unbedingt richtig. Mir scheint dem Volksbewußtsein noch mehr die Fassung zu entsprechen: Ich muß den Gläubiger befriedigen, sonst veräußert er mein Pfand. Auch dem ersten Punkt kann eine zu große Beweislast nicht beigelegt werden. Einesteils ist es unverkennbar, daß auf die Gestaltung des Pfandrechts, auch, wenn auch nur im geringeren Maße, deutschrechtliche Gedanken einen Einfluß gehabt haben. Zudem möge daran erinnert sein, daß selbst im römischen Recht das Wort „obligare' auch verpfänden bedeuten konnte (so auch Cohn, a. a. O., S. 412).

Und tatsächlich steht auch das BGB. auf einer anderen Auffassung. Es ist stets beim Drittverpfänder ein dem Sachhaftungsrecht immanentes Verhältnis da, aus dem sich für den Drittverpfänder die Verpflichtung ergibt, den Gläubiger zu befriedigen, um die Veräußerung seines Pfandes zu vermeiden. Darin liegt eben seine Schuldnerverpflichtung. **Er soll leisten,** tut er dies nicht, so kann er sich die Pfandsache nicht erhalten. Eine Reihe von Beweisen dafür, daß der Drittverpfänder Schuldner ist, läßt sich im Gesetz selbst finden. Es sei nochmals verwiesen auf die von Cohn[1]) zitierten §§ 1142, 1146, 1137 i. Verb. m. 1143, aus denen sich ergibt, daß das Gesetz auch dem Hypothekar, der nicht persönlicher Schuldner ist, als Schuldner ansieht. Dasselbe muß für das analoge Verhältnis beim Drittverpfänder beweglicher Sachen gelten. Der Vorschrift im § 1137 entspricht zudem der § 1211, der bestimmt, daß der Drittverpfänder dem Pfandgläubiger gegenüber die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung, sowie die dem Bürgen nach § 770 zustehenden Einreden geltend machen kann. Das alles erklärt sich nur aus der Schuldnerstellung des Drittverpfänders.

Den klarsten Beweis liefert der § 592 ZPO: Als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, gilt auch der Anspruch aus einer Hypothek, Grundschuld oder einer Rentenschuld. Das Gesetz spricht also selbst in dem dem Drittverpfänder analogen Fall des Hypothekars, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, von einem Zahlungsanspruch, d. h. also von einem **Leistungs-,** nicht etwa einem **Duldungs**anspruch. Der gleiche Beweis ließe sich aus §§ 688, 794 ZPO. führen.

Nach all dem besteht m. E. keinerlei Bedenken, **den Drittverpfänder als Schuldner** anzusehen.

Es heißt jetzt nur noch die logische Konsequenz ziehen **mehrere Drittverpfändner als Gesamtschuldner** nach § 421 anzusehen, sodaß der § 426 direkt auf sie Anwendung fände. § 1225, Satz 2 wäre dann nur eine Hervorhebung aus Zweckmäßigkeitsgründen.

Die hier vertretenen Sätze laufen im wesentlichen darauf hinaus, in der Verpflichtung des Dritteigentümers eine Realobligation zn sehen. Als Realobligation bezeichne ich die Leistungspflicht eines jeweiligen Eigentümers als Schuldner, weil dem Gläubiger direkt aus dem dinglichen Recht ein Leistungsanspruch erwächst. Das Wort „Realobligation" enträtselt sich nach der hier vertretenen Anschauung als Ausdruck für ein Leistensollen, für das eine „res" „obligiert" ist. Ins Deutsche übertragen einfach: „Schuld mit Sachhaftung"..

Etwas abweichend geht die hauptsächlich von v. Gierke vertretene Theorie der „dinglichen Schuld". Man dürfe es von vornherein nicht außer acht lassen, daß es sich naturgemäß nur um ein sachenrechtliches Leisten- und Bekommensollen handeln könne. Aber auch insoweit sei man berechtigt, von „Schuld" und „Forderung" zu sprechen, aber eben von „dinglicher Schuld", weil ja das rechtliche Sollen nicht an **einer** Person, sondern dinglich an dem jeweiligen Eigentümer der verhafteten Sache hänge.

Schließt man sich diesem Standpunkt an, daß es sich immerhin nur um ein rein sachenrechtliches Schulden handele, so muß man darin doch ein so

starkes Analogon des im BGB. allein Schuldverhältnis genannten persönlichen Schuldverhältnisses sehen, daß keinerlei Bedenken bestehen, die für „Schuld" und „Forderung" im technischen Sinne gegebenen Vorschriften auf die dingliche Schuld entsprechend anzuwenden. Der § 1125, Satz 2 hätte dann den Zweck, diese analoge Anwendung audrücklich zu statuieren.

Welche Anschauung nun richtig ist, mag vorläufig offen bleiben. Eine endgültige Entscheidung wird die Lage bei der Gesamthypothek ergeben. Hier haben beide etwas für sich und jedenfalls laufen sie im Endergebnis zusammen;

Mehrere Drittverpfänder sind als Gesamtschuldner zu betrachten.

V. Der Ausgleich.

Der Drittverpfänderausgleich regelt sich also genau entsprechend dem Ausgleich unter Mitbürgen. Hat ein Drittverpfänder den Gläubiger befriedigt, sei es, daß er geleistet hat, oder sei es, daß der Gläubiger das Pfand veräußert hat, so besteht für ihn die Möglichkeit, einen Teil der Last nach dem internen Ausgleichsprinzip des § 426, I auf die übrigen Drittverpfänder abzuwälzen. Daneben steht ihm die Regreßmöglichkeit nach dem Subrogationsprinzip offen. Beide Ansprüche stehen in Anspruchskonkurrenz zueinander Regrediert der Drittverpfänder aus Abs. II, so erlischt der konkurrierende Anspruch aus Abs I. Regrediert er aus Ab. I, so entfällt die für den Subrogationsregreß notwendige Grundlage des Abs. I.

Ein näheres Eingehen auf den Ausgleich unter Drittverpfändern erübrigt sich, da die Grundsätze die gleichen sind, die schon beim Regreß unter Mitbürgen dargelegt wurden. Nur einige wesentliche Punkte mögen noch Erwähnung finden.

Die **Haftsumme** richtet sich nach den Vorschriften des § 1210[1]). Für die Forderung selbst

[1]) § 1210: „Das Pfand haftet für die Forderung in deren jeweiligen Bestand, insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen. Ist der persönliche Schuldner nicht der Eigentümer des

haftet das Pfand in ihrem jeweiligen Bestande, einschließlich Zinsen und Vertragsstrafen. Es haftet ferner für die Kosten der Kündigung, Rechtsverfolgung und des Pfandverkaufs. Auch für die Verwendung ist es verhaftet gemäß § 1210 in Verb. mit § 1216 nach den Vorschriften über die G. o. A.

Die Verteilung der Haftungslast geschieht wiederum nach Kopfteilen. Vereinzelt wurde die Behauptung aufgestellt, daß als zur Verteilung kommende Summe nicht die Haftsumme, wie sie oben umgrenzt wurde, in Frage komme, sondern der Wert des Pfandes. Für das gemeine Recht vertrat diesen Standpunkt Dernburg[2]), im modernen Recht wurde er von Koban[3]) und vor allen Dingen von Martinius[4]) vorgetragen. Martinius will ein der Mitbürgschaft entsprechendes Verhältnis in Höhe des Wertes der minder wertvollen Pfandsache konstruieren. Eine Behandlung dieser Ansicht erübrigt sich hier, es mag genügen, auf die Widerlegungen Breits[5]), Wandels[6]), Winklers[7]) und Försters[8]) zu verweisen, die mit zahlreichen Beispielen die Unmöglichkeit der obigen Auffassung beweisen. Praktisch kann auch allein nur die Pfandsumme als Verteilungsmaßstab in Frage kommen, die unzweifelhaft feststeht, während der Wert der Pfandsache eine umständliche Taxierung erforderte, eine Ansicht, die bei schwankendem Wert des Pfandobjekts hinsichtlich

---

Pfandes, so wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner nach der Verpfändung vornimmt, die Haftung nicht erweitert.

Das Pfand haftet für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung sowie für die Kosten des Pfandverkaufs".

[2]) Dernburg, „Pfandrecht" S. 367.

[3]) Koban, a. a. O., S. 184 ff., 200.

[4]) Martinius, D. J. Z. 03, S. 543

[5]) Breit, a: a. O., S. 293.

[6]) Wandel, a. a. O., S. 30.

[7]) Winkler, a. a. O., S. 76.

[8]) Förster, a. a. O., S. 22.

des zu wählenden Zeitpunkts der Taxierung geradezu unmöglich erscheint.

Dies muß m. E. auch für den Fall gelten, daß der Wert eines der Pfänder niedriger ist als die Haftsumme. Koban[9]) will in diesem Falle das Pfand bei der Repartition nur in Höhe seines Wertes einsetzen.

Nur in einem Falle braucht einer der Drittverpfänder nicht für eine volle Kopfquote zu haften, dann nämlich, wenn der Wert seines Pfandobjekts nicht einmal seine Anteilsquote erreicht. Das hat aber einen ganz anderen Grund, nämlich den, daß kein Verpfänder über sein Pfand hinaus zu haften braucht.

Der Schutz der Ausgleichung erfolgt bei der Mitbürgschaft durch den § 766, der, wie oben gezeigt, das Prinzip zum Ausdruck bringt, daß der Bürge, wenn der Gläubiger ein Recht gegen einen anderen Bürgen aufgibt, in Höhe seines Ausgleichsanspruchs nach §§ 774, 426 befreit ist. Für den Ausgleich unter Drittverpfändern fehlt eine derartige Bestimmung. Es stände also in der Macht des Gläubigers, trotz aller Ausgleichsansprüche die endgültige Last doch auf einen der Drittverpfänder zu legen, da seine Verfügung selbst ja wirksam ist.

Koban[10]) sucht hier mit einem Schadenersatzanspruch zu helfen. Das ist m. E. ein ungenügender Weg. Die Voraussetzungen von § 826 werden nur in den wenigsten Fällen vorliegen, und als ein „sonstiges Recht" nach § 823 kann man den Ausgleichsanspruch auch nicht ansehen.

M. E. ist hier nur mit analoger Anwendung des § 766 zu helfen. Wie gezeigt, liegen hier die Verhältnisse völlig analog. Bei der Mitbürgschaft und bei mehreren Mitverpfändern sind mehrere Sicherheitsleistende vorhanden, die dem Gläubiger gegenüber Gesamtschuldner sind. Wenn der § 1225 in Bezugnahme auf §§ 774, 426 ausdrücklich erwähnt, daß hinsichtlich der Ausgleichung für beide Verhältnisse die gleichen Regeln gelten sollen, so ist darin m. E. auch die Schutzbestimmung des § 776 einbegriffen.

[9]) Im Anschluß an ihn Evers, a. a. O., S. 24 ff.
[10]) Koban, a. a. O., S. 201.

Wollte man dies verneinen, würde man damit den Ausgleich unter Drittverpfändern stark illusorisch machen, indem man seine Möglichkeit in die Hände des Gläubigers legte.

Ergänzungsweise möge hinzugefügt werden, daß bei der Verpfändung mehrerer Rechte gemäß § 1273 genau die gleichen Regeln gelten.

V. Die Stellung des Dritteigentümers.

Die bisherigen Ausführungen behandelten nur den Regreß, den ein zahlender Drittverpfänder oder ein Drittverpfänder, der zugleich Dritteigentümer ist, nehmen kann. Im folgenden möge die Lage eines bloß Dritteigentümers einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

Das Rücktrittsrecht eines Dritteigentümers hat eine Regelung in dem §§ 1249[11]), 268[12]) gefunden. Er gehört zu den Personen, die durch Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde. Er kann nach § 1249 infolgedessen den Gläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

Bei diesen Bestimmungen springen gleich zwei wesentliche Unterschiede vom Rechte des Drittverpfänders ins Auge, nämlich einmal, daß hier keine Bestimmung derart vorhanden ist, daß bei Geltend-

[11]) § 1249: „Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde, kann den Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Die Vorschriften des § 268, Abs. II, III finden entsprechende Anwendung.

[12]) § 268: „Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht dem Besitzer einer Sache zu, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren.

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung und durch Aufrechnung erfolgen.

Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über. Der Uebergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.

machung des Regresses gegen den Hauptschuldner, dessen Einwendungen aus einem besonderen Rechtsverhältnis unberührt blieben, und zum anderen die Bestimmung, daß der Dritteigentümer nur zu einer Zeit zahlen kann, zu der auch der Schuldner zu leisten berechtigt ist. Eins folgt, wie wir sehen, aus dem anderen. Schon oben wurde erwähnt, daß der Dritteigentümer unter ganz anderen Umständen in das Schuldverhältnis eintritt als der Drittverpfänder und daß er zufolge seiner unfreiwilligen Einmischung zu keiner Rücksichtnahme auf den Schuldner gezwungen ist. Darin liegt auch der Grund für das Fehlen der oben erwähnten Bestimmung[3]). Die Stellung des Dritteigentümers ist also nach § 1249 überaus günstig, so günstig, daß sie ihm eben nur gewährt werden soll zu einer Zeit, da der Schuldner selbst zu zahlen berechtigt war. Der Regreß mehrerer Dritteigentümer untereinander oder von Dritteigentümern und Drittverpfändern untereinander macht bei dem hier vertretenen Standpunkt einer gesamtschuldnerischen Stellung keinerlei Schwierigkeiten mehr.

[3]) so auch Koban, a. a. O., S. 100 ff.
Wunderlich, a. a. O., S. 84 ff.

§ 7.

Der Ausgleich bei der Gesamthypothek.

I. Der Uebergang der Hauptforderung und der Accessorien.

Neben der Möglichkeit der Verpfändung mehrerer beweglicher Sachen besteht die Möglichkeit der Verpfändung mehrerer Grundstücke in Form der **Gesamthypothek.**

Gesamthypothek ist nach § 1132[1]) eine Hypothek, die an mehreren Grundstücken für eine Forderung dergestalt besteht, daß jedes Grundstück für die ganze Forderung haftet. Sie bildet das Gegenstück zur Gesamtschuld des Schuldrechts. Satz 2 des § 1132 gibt dem Gläubiger ein freies Wahlrecht, welches der verhafteten Grundstücke er in Anspruch nehmen will. Es läßt sich darüber streiten, ob diese Regelung des Gesetzes besonders günstig ist. Sie bestand jedenfalls schon im römischen und gemeinen Recht und entspricht letzten Endes auch dem Hauptzweck der Gesamthypothek, dem Gläubiger größtmögliche Sicherheit zu geben. Andererseits darf nicht verkannt werden, daß sie eine starke Kreditverschwendung zur Folge hat. Wenn auf drei Grundstücken im Werte von je 10 000 Mk. eine Gesamthypothek in Höhe von 10 000 Mk. lastet, so wird es für den Eigentümer schwierig sein, trotz des Gesamtwertes der drei Grundstücke von 30 000 Mk. auf eins der Grundstücke einen weiteren Kredit zu erhalten. Der Schaden dieser Regelung liegt auf der Hand.

Diesem Gedanken tragen auch einige Rechte z. B. das russische und schweizerische durch Beschränkung des Gläubigerrechts Rechnung.

Mit Rücksicht auf die späteren Erörterungen empfiehlt es sich, mit einigen Worten auf die Eigentümerhypothek und Hypothek des Eigentümers einzugehen.

Von Eigentümerhypothek spricht man, wenn sich Eigentum und Hypothek in einer Person vereinigen ohne die Forderung. Richtiger müßte es heißen, Eigentümergrundschuld, da nach § 1177, I[2]) die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandelt. Eine Eigentümerhypothek entsteht z. B. gemäß § 1163, Abs. I, Satz 2, § 1163, Abs. II, § 1163, Abs. I, Satz 2, in Verb. m. § 1164, § 1168 usw.

Eine Hypothek des Eigentümers liegt dann vor, wenn sich in einer Person Eigentum und Hypothek mit der Forderung vereinigen. Nach § 1177, II bestimmen sich die Rechte des Eigentümers für die Dauer der Vereinigung nach den Vorschriften über die Grundschuld Sie entsteht z. B. in den Fällen der §§ 1143, 1153.

Wie im Pfandrecht so ist auch im Hypothekenrecht in der Theorie zwischen Drittverpfänder und Dritteigentümer zu unterscheiden, da nach § 892 auch ein Nichteigentümer eine Hypothek bestellen könnte. Praktisch verliert allerdings hier diese Unterscheidung jeden Wert, da einesteils ein solcher Fall selten eintreten wird, und zum anderen das Gesetz einem Hypothekenbesteller als solchen keine besondere rechtliche Stellung gegeben hat wie dem Drittverpfänder im § 1225, sondern nur dem Grundeigentümer.

Wenn der Eigentümer nicht zugleich der per-

---

[2]) § 1177: „Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend.

Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften".

sönliche Schuldner ist, so geht nach § 1143[3]) die Forderung auf ihn über, soweit er den Gläubiger befriedigt. Darunter ist jede Befriedigung zu verstehen, nicht nur eine solche auf Grund besonderer Berechtigung oder Verpflichtung. Die Folge des § 1143 tritt selbst bei Widerspruch des Schuldners gegen die Befriedigung ein, da der Gläubiger m. E. kein Recht zur Annahmeverweigerung hat bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1142[4]).

Der Forderungsübergang tritt ein, gleichgültig, ob der Eigentümer den Gläubiger befriedigt oder ob dieser aus dem Grundstücke Befriedigung erlangt. Der § 1171 spricht nur von einem Erlöschen der Hypothek, nicht der Forderung. Zum Beweise mögen die schon beim Pfandrecht angeführten Gründe dienen. Einen weiteren Beweis liefert der § 1182[5]), der deutlich zeigt, daß die Unterscheidung des BGB. zwischen Einlösungszahlung und Befriedigung aus der Sache nur im Außenverhältnis zum Gläubiger Bedeutung hat[6]).

Eine andere Ansicht zertritt ohne jede Begründung Koban[7]).

Nach § 1143, I in Verb m. § 774 muß sich der Eigentümer Einwendungen aus einem besonderen Rechtsverhältnis seitens des Schuldners gefallen lassen.

---

[3]) § 1143: „Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774, I finden entsprechende Anwendung.

Besteht für die Forderung eine Gesamthypothek, so gelten für diese die Vorschriften des § 1173".

[4]) so Staudinger, § 1142, Bem. 1 a.

[5]) § 1182: „ Soweit im Falle einer Gesamthypothek der Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt wird, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann, geht die Hypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers auf ihn über. Die Hypothek kann jedoch, wenn der Gläubiger nur teilweise befriedigt wird, nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek und, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachteil dieses Rechtes geltend gemacht werden".

[6]) Vgl. Cohn, a. a. O., S. 410.

[7]) „ Koban, a. a. O., S. 98.

Das Gesetz stellt ihn also wie den Drittverpfänder des Pfandrechts oder Drittverpfänder, der zugleich Dritteigentümer ist, also schlechter als den bloß Dritteigentümer des Pfandrechts. Das mag seinen Grund darin haben, daß im Hypothekenrecht Fälle, wo Grundstückseigentümer und Hypothekenbesteller auseinanderfallen, seltene Ausnahmen sind, während im Pfandrecht der entsprechende Fall leicht eintreten kann. Eine dem § 1249 entsprechende Vorschrift hat allerdings auch das Hypothekenrecht im § 1150[8]), aus dem sich eine dem Pfandrecht entsprechende Lösung wohl konstruieren ließe. Doch scheint mir § 1143 gegenüber § 1150 lex specialis.

Mit der Forderung geht nach § 1153 die Hypothek auf den neuen Gläubiger über. Diese wird nach § 1177, II eine Hypothek des Eigentümers. Der Uebergang der Accessorien erfolgt nach §§ 312, 401. Für die Gesamthypothek gelten die Sondervorschriften der § 1173, für den Fall, daß der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, und 1182, für den Fall, daß dieser ein Grundstück in Anspruch nimmt. Auch hier wieder eine Durchbrechung des Grundsatzes aus § 401 in Verb. m. § 412 - **Uebergang der Sicherungen trotz Uebergangs der ganzen Forderung nur in Höhe der Ausgleichspflicht.**

Für den § 1173 ist zunächst gleichgültig, ob der Eigentümer gleichzeitig persönlicher Schuldner ist oder nicht. Er erwirbt auf alle Fälle zunächst die Hypothek an seinem eigenen Grundstück. Ist er persönlicher Schuldner — als Eigentümerhypothek nach §§ 362, 364, 1177, I, ist er nicht persönlicher Schuldner — als Hypothek des Eigentümers nach § 1177, II.

Bei einem nichtersatzberechtigten Eigentümer erlischt die Hypothek an den übrigen Grundstücken (§ 1173, I) [9]).

[8]) § 1150: Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke, so finden die Vorschriften der §§ 268, 1144, 1145 entsprechende Anwenduna".

[9]) § 1173, I: „Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den

Der Befriedigung des Gläubigers stehen Hinterlegung und Aufrechnung gleich (§ 1142, II) und die Uebertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer. Desgleichen eine Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers. Dies trifft den Fall, daß durch Beerbung des Gläubigers durch einen Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, Forderung und Schuld sich vereinigen. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn ein Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger beerbt[10]). Dann liegt eben eine Uebertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer vor. Auch auf den umgekehrten Fall, daß der Gläubiger den Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, beerbt, will Planck diese Vorschrift angewandt wissen. Zu Unrecht. Einmal handelt es sich hier nicht um eine Vereinigung von Schuld und Forderung in der Hand des **Eigentümers,** sondern des **Gläubigers,** der Wortlaut des Gesetzes spricht also dagegen, und ferner erscheint mir die Plancksche Ansicht unbillig, da z. B. dadurch, daß der Gläubiger erbt, die Gesamthypothek verloren ginge.[11])

Hat dagegen der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, gegen die Eigentümer der anderen Grundstücke einen Ersatzanspruch, so geht die Hypothek an deren Grundstücken in Höhe dieses Ersatzanspruchs nicht unter, sondern auf den zahlenden Eigentümer über und bleibt mit der Hypothek an dessen eigenem Grundstück Gesamthypothek (§ 1173, II).

Wie ist dies denkbar? Es wurde bereits erwähnt,

übrigen Grundstücken erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen.

Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek".

[10]) Planck zu § 1173, Bem. 2 b.

[11]) ebenso R. G. 77 S. 149; Biermann zu § 1173.

daß in dem Falle, wo er persönlicher Schuldner ist, die Hypothek am eigenen Grundstück Eigentümerhypothek wird, ist er dagegen nicht persönlicher Schuldner, Hypothek des Eigentümers. Im ersteren Falle handelt es sich um eine Grundschuld und eine Hypothek, die zu einer Gesamthypothek vereinigt werden soll; im zweiten Falle sind zwar beides Hypotheken, aber mit verschiedener Forderungsgrundlage, indem für die Hypothek des Eigentümers die ursprüngliche, für die Hypothek an den anderen Grundstücken die Ersatzforderung Grundlage bildet. Beide Fälle sind mit dem Wesen der Gesamthypothek unvereinbar.

Gierke,[12]) Endemann,[13]) Biermann[14]) vertreten die Anschauung, daß es sich in diesem Falle gar nicht um eine Gesamthypothek, sondern um ein neues Rechtsgebilde handele, auf das nur die Vorschriften der Gesamthypothek Anwendung finden sollen

Eine andere Meinung[15]) glaubt, daß für die Ersatzforderung keine besondere Hypothek entstehe. Sei der befriedigende Eigentümer persönlicher Schuldner, erwerbe er eine Gesamtgrundschuld, sei er es nicht, eine Gesamthypothek. Diese Anschauung widerspricht offen dem klaren Worlaut des Gesetzes.

Besser ist schon die Fassung Goldmann-Lilienthal[16]), der stets die Entstehung einer Gesamthypothek annimmt, nur daß im Falle persönlicher Schuld die Ersatzforderung, im Falle nicht persönlicher Schuld die ursprüngliche Forderung Grnndlage bilden soll.

Am richtigsten erecheint mir die Fassung Plancks,[17]) Wolffs,[18]) [19]) daß stets eine Gesamthypothek entstehe, zur Sicherung der Ersatzforderung des zahlenden Eigentümers.

---

[12]) Gierke, a. a. O., § 167, S. 938.
[13]) Endemann, a. a. O., § 124, S. 849.
[14]) Biermann, a. a. O., zu § 1173, Bem. 2 B.
[15]) Turnau-Förster, Bem. II, 5;
Fuchs, Bem. 9 usw.
[16]) Goldmann-Lilienthal, a. a. O., § 77, S. 534.
[17]) Planck, § 1173, Bem. 4, b, B.
[18]) Wolff, § 148, VII, 2
[19]) Denen sich im übrigen auch der R. G. R. Kommentar anschließt (Bem. 7).

II. Streit um den Ausgleich.

Starke Meinungsverschiedenheiten herrscht nun in der Wissenschaft über die Bedeutung der Fassung: „Kann der Eigentümer Ersatz verlangen" im § 1173, II und dem korrespondierenden § 1182, d. h. mit anderen Worten über den Ausgleich zwischen mehreren Eigentümer von mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücken, wenn einer von ihnen zahlt oder vom Gläubiger in Anspruch genommen wurde. § 1173, II und § 1182 sprechen von Ersatz, nicht von Ausgleich. Darunter ist aber auch der Ausgleich zu verstehen. Das Gesetz selbst stellt dies fest, wenn es im § 776 von Ersatz gemäß § 774 spricht, der wiederum auf den Ausgleichsparagraphen 426 verweist.

Zunächst maßgebend ist natürlich ein in der Regel wohl vorliegendes Rechtsverhältnis unter den Eigentümern. Wenn ein solches nun aber nicht vorliegt? Die weitaus herrschende Lehre[1]) legt die §§ 1143, II, 1173 dahin aus, daß ein Ausgleich nur auf Grund vertraglicher Abmachungen oder besonderer gesetzlicher Vorschrift gegeben sei, z. B. in den Fällen der §§ 2167, 2168. Der § 1143, I spreche im Gegensatz zu § 1225 nur von Abs. I des § 774. Die dortige Verweisung auch auf den Abs. II des § 774 werde hier ersetzt durch eine Verweisung des § 1173, der aber ausdrücklich einen Ausgleich nur unter obigen Voraussetzungen statuiert. Das Gesetz hätte also hier eine bemerkenswerte Abweichung vom Rechte der Mitbürgen und Drittverpfänder geschaffen.

[1]) Biermann, § 173, Bem. 2a;
Goldmann-Lilienthal, § 77, Anm. 62;
Staudinger, § 1173, Bem. IIa.
Sternberg, a. a. O., S. 547.
Strohal, a. a. O, S. 91 ff.
Wolff, § 148, II.
Koban, a. a. O., S. 202.
Crome, II, S. 787, Anm. 46.
Endemann, II, S. 819, Anm. 53.
Gierke, II, S. 937.
Planck, § 1173, Anm. 4a.
Lang, Arch. f. d. ziv, Prax., Bd. 89, S. 310 ff.
Turnau-Förster, § 1173, Bem. 7
u. a. m.

Eine Begründung dieser Ansicht gibt **Sternberg,** indem er ausführt: Aus zwei Gründen habe das Gesetz eine derartige Regelung getroffen. Einesteils bestehe eine Rechtsgemeinschaft, wie unter Gesamtschuldnern nicht unter den wechselnden Eigentümern der verschiedenen Grundstücke, ferner sei aber auch ein richtiger Maßstab für die Verteilung der Last nicht zu finden.

Das erste Argument hätte, wenn es richtig wäre, das Gesetz auch zu einer gleichen Regelung unter Drittverpfändern führen müssen, das zweite scheint mir eine sehr zweifelhafte Behauptung. Sternberg gibt denn auch zu, daß eine andere gesetzliche Regelung sehr gut möglich gewesen wäre.

M. E. hat sich die h. M. zu sehr an die Buchstaben des Gesetzes geklammert, ist zu wenig Gesetzesinterpretation im höheren Sinne. Ein solches Vorgehen muß zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Einige Vertreter der h. M. lassen dies auch in ihren Worten durchdringen, z. B. Wolff, wenn er sagt, diese „Unebenmäßigkeit" gegenüber der Ausgleichspflicht zweier Mobiliarverpfänder und zweier Mitbürgen sei eine „unschädliche Ineleganz" oder Koban, wenn er bezüglich des § 1173 von einer „nicht glücklichen Ausnahme" spricht.

Die Mißstände einer Regelung, wie sie die h. M. vertritt, sind unverkennbar. Zunächst treten die wirtschaftlichen Nachteile deutlich zutage. Schon eingangs dieser Betrachtungen wies ich auf die Kreditverschwendung bei der Gesamthypothek hin. Das einzige Mittel, sie erträglicher zu gestalten, ist die Statuierung einer Ausgleichspflicht, denn es ist für den Eigentümer eines mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücks leichter, einen weiteren Kredit aufzunehmen, wenn feststeht, daß das belastete Grundstück im Endergebnis doch nur eine anteilsmäßige Belastung erfährt.

Einem weiteren Bedenken wird die h. M. in keiner Weise gerecht. Bei dem Wahlrecht des Gläubigers, welches der ihm verhafteten Grundstücke er in Anspruch nehmen will, wäre es vollständig in seine Hand

gelegt, wer die ganze Last zu tragen hätte, eine Tatsache, die jeden der Grundstückseigentümer veranlassen dürfte, mit allen erlaubten oder unerlaubten Mitteln den Gläubiger zur Inanspruchnahme eines anderen Grundstücks zu bestimmen. Eine mißliche Konsequenz. Eine Abhilfe erscheint dringend notwendig.

Zudem ist unbedingt zuzugeben, daß, wie Breit ganz richtig betont, eine Regelung mittels eines Ausgleichs den Anforderungen einer ausgleichenden Gerechtigkeit allein entspricht. Für das praktische Leben erfordert die Billigkeit eine gleichmäßige Lastenverteilung. Und es läßt sich tatsächtich wohl kaum eine hinreichende Begründung dafür finden, warum das Gesetz unter Mitbürgen und Drittverpfändern eine ausgleichende Verteilung der Haftungslast statuiert haben sollte bei mehreren Hypothekenschuldnern dagegen nicht. Ob jemand als Hypothekenschuldner oder als Bürge oder als Pfandschuldner eine ihm materiell fremde Schuld zahlt, ist wirtschaftlich dasselbe. Man kann doch einen derartigen Unterschied nicht davon abhängig machen, ob einem Sicherheitsleistenden zu diesem Zweck ein Grundstück oder z. B. ein wertvolles Schmuckstück zur Verfügung steht. Erfordert in einem Falle die Billigkeit einen Ausgleich, so auch im anderen.

Bei all dem ist es verständlich, wenn man geleugnet hat, daß der § 1173 einen Ausgleich nur im Sinne der h. M. statuiere und versucht hat, für einen dem Bürgschafts- oder Pfandrecht entsprechenden allgemeinen Ausgleichsanspruch eine geeignete Basis zu finden.

Im gemeinen Recht wollte man sich mit der „correalitas realis“ helfen, indem man die Grundstücke personifizierte und die Gesamtschuldgrundsätze auf sie anwandte, ein Versuch, der schon damals nicht ohne Bedenken, im Rahmen des heutigen Rechts unmöglich ist [2]).

[2]) vgl. Guyet i. Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 18, S. 383, Anm. 21
Lang, Arch. f. d. ziv. Prax, Bd. 89, S. 254;
Motive III, S. 686.

Eine Lösung versuchen auch **Breit**[3]) und **Schulz**[4]), indem sie aus den §§ 769, 774, 1225, II ein allgemeines Ausgleichsprinzip im Gesetze folgern. Dieser Weg erscheint mir nicht gangbar. Daraus, daß den §§ 774, II in Verb. m. 769 für die Mitbürgen und dem § 1225, II für mehrere Drittverpfänder ein Ausgleich vorgeschrieben ist, kann man keineswegs ein allgemeines Ausgleichsprinzip folgern. Breit selbst bezeichnet diesen Versuch als etwas kühn. Vollends ist aber die Schulzsche Auffassung des § 1173 abzulehnen.

Breits und Schulz's Ansicht bedeute m. E. eine Umdrehung der Tatsachen. Nicht aus den zietierten Spezialbestimmungen ist ein allgemeines Ausgleichsprinzip zu folgern, sondern diese Bestimmungen sind nur Ausflüsse eines im Gesetze auf ganz anderer Grundlage, nämlich dem § 426 beruhenden allgemeinen Ausgleichsprinzips. Das haben sehr richtig **Bendix**[5]), **Cohn**[6]) erkannt, wie ja schon beim Recht des Drittverpfänders klargelegt. Beide vertreten die Anschauung, daß die Eigentümer mehrerer mit einer Gesamthypothek belasteter Grundstücke Gesamtschuldner seien, Cohn mit eingehender Begründung, ohne daß jedoch ihre Argumentation zum Beweise des auf den ersten Blick ungeheuerlichen Satzes, Gesamthypothekenschuldner als Gesamtschuldner anzusehen, ausreicht.

Im folgenden Abschnitt soll nun der Versuch gemacht werden, den § 1173 unter einem anderen Gesichtspunkte zu betrachten und insbesondere die gesamtschuldnerische Stellung der Gesamthypothekare auf der Grundlage der schon beim Drittverpfänderrecht eingehend dargelegten Lehre von Schuld und Haftung zu beweisen.

III. Der Ausgleich unter mehreren Eigentümern von mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücken als Gesamtschuldner.

Der § 1173 spricht nicht direkt vom Ausgleich,

[3]) Breit, a: a. O., S. 293.
[4]) Schulz, a. a. O., S. 71.
[5]) Bendix a. a. O., S. 91.
[6]) Cohn, a. a. O., S. 410.

sondern vom Ersatz, wenn auch, wie bereits nachgewiesen, nach der Terminologie des Gesetzes der Ausgleich von dieser Fassung mitbetroffen wird. So ist es zu verstehen, daß der § 1173, wenn er von den Eigentümern eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers spricht, in dieser Fassung den persönlichen Schuldner, der gleichzeitig Eigentümer eines der verhafteten Grundstücke ist, nicht ausschließt (schon darin liegt der Beweis für die Unrichtigkeit der oben erwähnten Meinung, daß der § 1173 die fehlende Verweisung auf § 774, II im § 1143, I ersetze. § 1173 redet eben von Ersatz, nicht rein von Ausgleich).

Falsch ist nun allerdings, aus dieser Regelung mit Bendix[1]) den Schluß ziehen zu wollen, daß der Grundsatz, daß die bestellten Sicherheiten nur in Höhe des Ausgleichsanspruchs auf den zahlenden Genossen übergeht, bei der Gesamthypothek auch dann gelte (nach der Fassung des § 1173), wenn das eine oder andere der belasteten Grundstücke dem persönlichen Schuldner gehört. Während also beim Bürgenrecht und beim Recht der Drittverpfänder die Forderung gegen den persönlichen Schuldner und damit nach §§ 412, 401 die Accessorien schlechthin übergehen, sollte bei der Gesamthypothek aus keinem ersichtlichen Grunde dieses gesetzliche Prinzip durchbrochen werden. Dafür liegt m. E. keinerlei Grund vor

Auf den befriedigenden Eigentümer geht nach § 1143 die Forderung über. Hat er einen Ersatzanspruch gegen den persönlichen Schuldner, so erwirbt er nach §§ 1143, 412, 401, 1153, 1173 die Hypothek an dem Grundstück des persönlichen Schuldners in **voller** Höhe.

Hat er keinen Ersatzanspruch, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstück als Eigentümerhypothek, die Hypothek am Grundstück des persönlichen Schuldners erlischt. So ist der § 1173 zu verstehen. Er redet eben von Ersatz und nicht von Ausgleich und braucht deshalb in seiner Fassung den persönlichen Schuldner nicht auszuschließen.

[1]) Bendix, a. a. O., S. 90.

Die Hypotheken der übrigen mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke gehen über, soweit der befriedigende Eigentümer Ersatz verlangen kann. Die Natur dieses Ersatzanspruchs kann verschieden sein, er kann rechtsgeschäftlich, er mag gesetzlich sein. Insofern er in dieser Hinsicht gegeben ist, entsprechen die Vorschriften des §§ 1173, II, 1182 dem § 426, II. Den allgemeinen Ausgleichsanspruch aus § 426, I zu konstruieren, dafür geben beide Paragraphen keine Handhabe. Ein Hinweis auf § 426, I war aber überflüßig, da m. E die **Eigentümer der Grundstücke Gesamtschuldner** sind.

Um diese Behauptung zu beweisen, ist Grundbedingung, die Schuldnerstellung des Eigentümers des Grundstücks bei der Grundschuld, Hypothek usw. nachzuweisen.

Aus der Terminologie des Gesetzes allein ergibt sich kein zwingender Beweis. Es spricht zwar von **Grundschuld,** gibt also mit anderen Worten eine genaue Uebersetzung des Wortes „Realobligation" für den Fall, daß die res ein Grundstück ist, und das läßt immerhin schon gewisse Rückschlüsse zu, aber mit demselben Recht könnte man aus ihrem Namen falsche Schlüsse über die juristische Natur der Aktiengesellschaft ziehen.

Ein tieferes Eindringen ist erforderlich. Der Schuldbegriff setzt sich nach der hier vertretenen Theorie aus zwei Teilen zusammen: einem Bekommensollen und einem Leistensollen. Ein Bekommensollen steht hier außer Frage. Liegt ein Leistensollen vor, oder handelt es sich nur um eine Duldungspflicht des Grundstückseigentümers?

Die erstere Anschauung findet von vornherein eine Stütze in dem § 1113, der bei der Hypothek, § 1191, der bei der Grundschuld, § 1199, der bei der Rentenschuld die Wendung gebraucht: „eine Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist", also von einer Zahlungspflicht spricht. Bei der Reallast sagt der § 1105 geradezu, daß wiederkehrende Leistungen zu entrichten sind. Hier spricht das Gesetz also direkt von einem Leistensollen.

Demgegenüber erscheint mir der Wolffsche Versuch[2]) vergeblich, diese Zahlungspflicht, dieses Leistensollen durch den § 1147 dahin auszulegen, daß Zahlen „aus dem Grundstück" nicht Zahlen durch den Grundstückseigentümer, sondern Zahlung in den Formen der Zwangsvollstreckung sei; ein privatrechtlich Zahlungspflichtiger fehle.

Wolffs Meinung ist irrig. Wo eine Zahlungspflicht ist, muß ein Zahlungspflichtiger sein, das ist hier der jeweilige Eigentümer des verhafteten Grundstücks: ein zahlungspflichtiger ist also vorhanden. Auch daß das Gesetz von der Zahlung „aus dem Grundstücke" spricht, erscheint mir nicht so wesentlich. Eine solche ist allerdings nur in Form von Naturalzinsen oder ähnlichem denkbar. Aber m. E. will das Gesetz mit dieser Wendung weiter nichts als die Beschränkung der Leistungspflicht auf den Grundstückswert ausdrücken.

Und endlich ist doch der Zweck einer Grundstücksbelastung nicht eine Zwangsvollstreckung, sondern diese soll immerhin nur einen Ausnahmefall bilden. Der Zweck einer Grundstücksbelastung liegt darin, dem Gläubiger gegenüber der Zahlungspflicht des Schuldners eine Sicherheit und weiterhin ein Druckmittel in die Hand zu geben. Die Zwangsvollstreckung kommt doch immer nur sekundär in Frage für den Fall einer Vernachlässigung der Zahlungspflicht.

Das Gesetz bezeichnet ferner die Hypothek und Grundschuld im § 952, II als rechte, „kraft deren eine **Leistung** gefordert werden kann", es spricht in dem §§ 592, II, 688, Satz 2, 794, Nr. 5 ZPO. von einem **Anspruch** aus der Hypothek oder Grundschuld. Ferner gibt es in den §§ 1137, 1157 die Möglichkeit von **Einreden.** Einreden sind aber **Leistungsverweigerungsrechte.**

Ferner möge hier nochmals auf die Beweise hingewiesen werden, die Cohn[3]) aus den §§ 1137, 1142, 1143, 1146, die von Fälligkeit, Verzug usw. reden, zieht.

[2]) Wolff, a. a. O., § 131, II, I.
[3]) Cohn, a. a. O., S. 412.

Jetzt könnte man den Einwurf machen, warum denn, wenn man die Schuldnerstellung des Grundstückseigentümers so unbedingt bejahe, das Gesetz überhaupt im Hypothekenrecht noch einmal besondere Normen für Fälligkeit, Verzug usw. aufgestellt habe und es nicht bei den allgemeinen Normen des Schuldrechts habe bewenden lassen. Die Antwort auf diese Frage liefert das letzte Glied der Beweiskette, ergibt den klaren Beweis dafür, daß das Gesetz selbst die Schuldnerstellung des Grundstückseigentümers statuiert hat, und die Anwendung aller Normen des Schuldrechts indirekt dadurch vorgeschrieben hat, daß es für die wenigen Fälle, wo diese ausnahmsweise nicht paßten, die eben erwähnten Sondernormen aufstellt.

Zur Prüfung, inwieweit die allgemeinen Schuldrechtsnormen auf eine derartige Schuld mit Sachhaftung passen, erscheint mir der von Winkler[4]) gezeigte Weg am gangbarsten, ein entsprechendes Rechtsgebilde im Schuldrecht zu konstruieren. Wir haben in einer verjährten Schuld, für die ein Pfand bestellt ist, ein Analogon der Grundschuld: beide Fälle sind ein Leistensollen ohne persönliche Haftung, nur mit einer Sachhaftung.

Wie Winkler zeigt, passen auf dieses Rechtsgebilde die §§ 241 ff., die von einer Verpflichtung zur Leistung handeln. Die Regeln über den Gläubigerverzug (§§ 293 ff.), Begründung und Inhalt des Vertrages (§§ 305 ff.), den gegenseitigen Vertrag (§§ 320 ff.), das versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 328 ff.); die Draufgabe und Vertragsstrafe (§ 336), den Rücktritt (§ 346), Erfüllung und Hinterlegung (§§ 326 ff., 372 ff.), ferner über den Erlaß (§ 397), die Uebertragung der Forderungen (§§ 398 ff.), die Schuldübernahme (§§ 414 ff.) und über die Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

(Winkler, a. a. O., S. 62).

Es passen also nicht die Vorschriften über die Zinspflicht (§§ 246 ff.), die unmöglichkeit der Leistung, den Schuldverzug (§§ 280 ff.) und über die Aufrechnung.

Betrachten wir jetzt die Lage im Grundstücksrecht, so sehen wir, daß ausgerechnet für die Fälle,

wo die schuldrechtlichen Regeln auf ein Leistensollen nur mit einer Sachhaftung nicht passen, das Hypotheken- und Grundschuldrecht entsprechend der Sonderstellung dieser Institute, besondere Regelung getroffen hat. Die Zinspflicht ist in den §§ 1118 ff., 1191, 1922, die Aufrechnung im § 1142, der Verzug im § 1146 geregelt. Einzig und allein die Unmöglichkeit der Leistung ist nicht behandelt, doch erscheint mir die Erklärung, die Winkler hierfür gibt, überzeugend. Die objektive Unmöglichkeit kommt nicht in Frage, da es sich wohl stets um eine Geldschuld handelt, für die subjektive Unmöglichkeit steht das Grundstück ein.

Diese Regelung gerade der ausnahmsweise nicht passenden Schuldrechtnormen scheint mir die Anwendbarkeit der anderen zu betonen, ja, das Gesetz erklärt den Grundstückseigentümer damit direkt als unter diese Normen fallend, erklärt ihn als Schuldner.

Und hierin liegt jetzt auch der Beweis für die Richtigkeit der „Theorie der Realobligation". Das Gesetz weist auf eine direkte Anwendung der Schuldrechtsnormen hin und stellt nicht etwa eine besondere „dingliche Schuld" auf, auf die die Vorschriften des Schuldrechts nur analoge Anwendungen finden.

Man könnte noch den Einwand erheben, für die Grundschuld möchten alle diese Argumente vielleicht richtig sein, bei der Hypothek aber lasse schon die geschichtliche Entwicklung dies als ausgeschlossen erscheinen.[5]) Die Hypothek stamme aus dem römischen Recht, und diesem sei der Begriff der Realobligation fremd gewesen.

Gewiß stammt die Hypothek historisch aus dem römischen Recht, doch verband sie sich nach der Rezeption mit der jüngeren Satzung des deutschen Rechts zu einem neuen Institut, das stark von deutschrechtlichen Gedanken durchdrungen ist. Man denke nur an das deutschrechtliche Publizitätsprinzip und das Abweichen von der strengen Accessorität, z. B. § 1138. Und so hat auch im Sinne der hier vertretenen Sätze das deutsche Recht die Oberhand behalten.

[5]) so Puntschart, Grundschuldbegriff, S. 115.

Das beweist allein schon die Tatsache des Vorhandenseins der oben mehrfach zitierten §§ 1118 ff., 1142, 1146 im Hypothekenrecht.

Es erscheint mir hier genügend der Beweis erbracht, daß der Eigentümer eines mit eines Hypothek, Grund- oder Rentenschuld - ein Unterschied ist hier in keiner Weise zu machen — belasteten Grundstücks **Schuldner** ist. Und wenn ich oben betonte, daß die Schuldrechtsnormen direkte Anwendung finden, so finden für mehrere Sicherheitsleistende auch die §§ 421 ff. Anwendung, die ihre gesamtschuldnerische Stellung und, insbesondere hier interessierend, die Ausgleichspflicht nach § 426 statuieren.

Ist also unter mehreren Sicherheitsleistenden keine besondere Abrede getroffen, so findet ein allgemeiner Ausgleich statt gemäß § 426, I.

Das im Bürgen- und Pfandrecht Gesagte gilt entsprechend auch hier, sodaß lediglich hinsichtlich der Sicherung des Ausgleichsanspruchs einige Worte hinzuzufügen wären. Der Gläubiger könnte durch Aufgeben von Sicherheiten die ganze Ausgleichsmöglichkeit illusorisch machen. Dies verhütet m. E. der § 1165,[6]) der in diesem Falle ein Freiwerden des persönlichen Schuldners in Höhe seiner Ersatzmöglichkeit aus § 1164 bestimmt. Der Paragraph gilt ausdrücklich nur für den persönlichen Schuldner, m. E. ist aber seine analoge Anwendung auf den Dritteigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, geboten. Eine andere Ansicht hätte zur Folge, daß man dem Sicherheitsleistenden mit der einen Hand einen Ausgleichsanspruch gäbe, um ihn mit der anderen dadurch stark fraglich zu machen, daß man seine Möglichkeit in des Gläubigers Belieben stellt. Diese andere Ansicht vertreten z. B. Fuchs und Koban[7]), hauptsächlich mit dem Argument, daß sonst das freie Wahlrecht des

[6]) § 1165: „Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder hebt er sich nach § 1183 auf oder räumt er einem anderen Rechte den Vorrang ein, so wird der persönliche Schuldner insofern frei, als er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können."

Gesamtgläubigers aus § 1132, Abs. I, Satz 2 eine Verkürzung erfahren würde. Wo allerdings diese Verkürzung des Gläubigerwahlrechts liegen soll, ist mir nicht ganz klar geworden. Das Gläubigerwahlrecht bezieht sich doch darauf, welches Grundstück er in Anspruch nehmen will, nicht auf welche Sicherheit er verzichten will, und insoweit wird ihm sein Wahlrecht durch eine analoge Anwendung des § 1165 in keiner Weise gestört.

Zusammenfassend komme ich also zur Auffassung, daß auch dem Eigentümern mehrerer mit einer Gesamthypothek belasteter Grundstücke eine doppelte Regreßmöglichkeit gegeben ist,

1, nach dem allgemeinem Ausgleichsprinzip,

2. nach dem Subrogationsprinzip.

Die dingliche Sicherung dieses Ausgleichs gibt der § 1173, während der § 1165 den Ausgleichsanspruch gegen die Verfügungsmacht des Gläubigers schützt.

§ 8.

Der Ausgleich zwischen Drittverpfändern beweglicher Sachen und Dritteigentümern verhafteter Grundstücke.

Als letzten Punkt der Untersuchung des Ausgleichs unter mehreren dinglichen Sicherheiten bliebe noch die Frage der Ausgleichsmöglichkeit, wenn Mobiliarpfand und Grundstücksbelastung zusammentreffen.

Untersuchen wir einmal die verschiedenen Möglichkeiten, wenn einer der Sicherheitsleistenden den Gläubiger befriedigt. Befriedigt der Drittverpfänder, so geht nach § 1225 die Hauptforderung, und damit nach §§ 412, 401 auch die Hypothek über. Das Pfandrecht selbst erlischt. Jetzt könnte der Pfandbesteller den Grundstückseigentümer in Anspruch nehmen. Zahlt dieser, so erwirbt er die Hypothek als Eigentümerhypothek, anderenfalls befriedigt der Pfandbesteller sich aus dem Grundstück. Die endgültige Last trägt also das Grundstück.

Zahlt andererseits der Grundstückseigentümer, so würde er die Hypothek als Eigentümerhypothek erwerben und nach §§ 1143, 412, 401 das Mobiliarpfand. Befriedigt ihn jetzt der Drittverpfänder oder nimmt er jetzt das Pfand in Anspruch, so erlischt das Pfandrecht, der Drittverpfänder aber erwirbt die Hypothek. Also auch in diesem Fall trifft das Grundstück die ganze endgültige Last.

Ein merkwürdiges Ergebnis, für das gar kein vernünftiger Grund ersichtlich ist.

Nock merkwürdiger wird die Sachlage, wenn eine der Voraussetzungen des § 1256 vorliegt. Dann gibt es theoretisch einen gegenseitigen Regreß ohne Ende.

Wendet man dagegen den Satz Strohals Sternbergs und ihrer Anhänger, dass bei mehrfacher gleicher Forderungssicherung §§ 1225, Satz 2, 774, Satz 2; §§ 1143, II, 1173) die übrigen Sicherheiten mit der Hauptforderung auf den zahlenden Sicherheitsleistenden nur dann übergehen, wenn er einen besonderen

Ausgleichsanspruch gegen die übrigen Sicherheitsleistenden hat, auch auf den Fall des Zusammentreffens von Hypothek- und Mobiliarpfand an — mit anderen Worten, sieht man in den §§ 1225 Abs. II, 1 73 ein allgemeines Prinzip Strohalscher Auffassung so kommt man zu dem Ergebnis daß stets der die Last trägt, der den Gläubiger befriedigt. Auch hier tritt uns wieder das ganze Unzulängliche dieser Ansicht deutlich entgegen. Folge wäre, daß sich jeder nach Möglichkeit vor der Zahlung drücken würde, sei es, daß er mit allen Mitteln den Gläubiger zur Inanspruchnahme eines anderen Grundstücks zu bewegen sucht, sei es, daß er andererseits dem Gläubiger eine Befriedigung aus seiner Sache so umständlich als möglich macht, damit dieser sich doch zum Vorgehen gegen eine andere Sicherheit entschließt.

Alle diese Mängel vermeidet die in dieser Arbeit durchgeführte Theorie. Es besteht nach dem hier Gesagten keinerlei Bedenken, Drittverpfänder als Schuldner des Gläubigers zu bezeichnen und ebenso den Eigentümer eines hypothekarisch belasteten Grundstücks. Es heißt nur die Konsequenz ziehen, sie als Gesamtschuldner zu betrachten und so dem Ausgleich gemäß § 426 die Tore zu öffnen.

§ 9.

C.

Der Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfändern.

Nach diesen Untersuchungen steht als letzte Frage zur Bearbeitung, welche Lösung sich beim Zusammentreffen dinglicher und persönlicher Haftung ergibt.

Auf den ersten Blick zeigt sich rein aus dem Buchstaben des Gesetzes folgendes: zahlt der Bürge, so geht nach § 774, I die Hauptforderung auf ihn über, das hat den Uebergang der Accessorien nach §§ 412, 401 zur Folge, d. h., der zahlende Bürge könnte sich an dem dinglich Verhafteten schadlos halten.

Zahlt der Drittverpfänder, so geht nach § 1225, zahlt der Dritteigentümer, so geht nach § 1249 i. Verb. m. § 268, zahlt der Grundstückseigentümer, so geht nach § 1143 die Hauptforderung auf ihn über. Aus §§ 412, 401 folgt wiederum der Uebergang der Accessorien, d. h. der dinglich Haftende könnte sich am Bürgen schadlos halten. Entscheidend wäre also nur, wer dem anderen in der Befriedigung des Gläubigers zuvorkommt. Das Ergebnis wäre ein Wettrennen der Sicherheitsleistenden um die Befriedigung des Gläubigers.

Strohal hat das Verdienst, zuerst in einem Aufsatz in der D. J. Z. 1903 diese Probleme für das deutsche Recht aufgerollt zu haben. Vorher waren sie allerdings bereits in der französischen Jurisprudenz Gegenstand eingehender Erörterungen, die hauptsächlich von Demolombe, Laurent, Troplong, Pothier, Gauthier geführt wurden.

Im französischen Recht wurden drei Lösungen vertreten:

1. von Troplong[1]) eine Vorzugsstellung des Pfandgläubigers, der eine Regreßmöglichkeit gegen den

[1]) Troplong: Du cautionnement no. 427.

Bürgen hat, die umgekehrt dem zahlenden Bürgen versagt ist;

2. eine Vorzugstellung der Bürgen im umgekehrten Sinne[2]).

Beide Anschauungen haben sich nicht durchsetzen können.

Siegreich blieb im französischen Recht die dritte Meinung, die eine analoge Anwendung des a. 2033 C. c. vertrat, also eine Ausgleichung wie bei der Gesamtschuld verlangte. Sie wurde hauptsächlich von Demolombe: Cours de code Napoléon L 27 no. 654 und 655 vertreten. Die Ausgleichsanteile errechneten die Franzosen nicht etwa nach Kopfteilen, sondern aus dem Verhältnis des Wertes der Pfandsache zur Höhe der Bürgschaftsverpflichtung.

Wesentlich die gleichen Anschauungen sind im Laufe der Debatte im deutschen Recht aufgetaucht, nur eine Vorzugsstellung des Pfandgläubigers ist meines Wissens nie vertreten worden.

Wie liegen nun die Dinge?

Uebereinstimmung herrscht in der Frage, wenn der Drittverpfänder oder Grundstückseigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist. Dann erwirbt der zahlende Bürge nach § 774, I das volle Recht des Gläubigers; das ist, da der Bürge nur Fremdschuldner gegenüber dem materiell schuldenden Verpfänder, selbstverständlich.

Befriedigt aber der Hauptschuldner und gleichzeitiger Eigentümer des verhafteten Pfandes oder Grundstücks den Gläubiger, so erlischt die Hauptschuld und damit die accessorische Bürgenschuld.

Diese Stellung des Bürgen kann auch dadurch nicht geändert werden, daß der Eigentümer des Pfandes oder Grundstücks, der zugleich persönlicher Schuldner ist, Pfand oder Grundstück veräußert — von einem gutgläubigen Erwerb immer abgesehen.

Wenn aber dinglich verpflichteter und persönlicher Schuldner auseinanderfallen, wird die Frage nach dem Regreß akut.

---

[2]) so Laurent l. c., S. 161.

In zwei große Strömungen teilen sich die Ansichten in der Literatur. Die einen vertreten eine Vorzugsstellung des Bürgen: Strohal[1]), Martinius[2]), Boethke[3]), Lippmann[4]), Koban[5]), Planck[6]), Biermann[7]), Sternberg[8]), Crome[9]), Enneccerus[10]), die anderen halten einen allgemeinen Ausgleich auch unter Bürgen und Drittverpfändern für richtig Breit[11]), Bendix[12]), Schulz[13]), Wolff[14]), Siméon[15]), Cohn[16]), Sellner[17]), Staudinger[18]), Kipp bei Windscheid[19]), Emmerich[20]).

Zweifelnd zwischen ihnen steht Oertmann.

Notwendig und interessant erscheint es, die einzelnen Meinungen etwas näher zu beleuchten und so den Kern des Problems herauszuschälen, wie er sich im Laufe der Debatte ergeben hat.

Strohal behandelt in seiner Abhandlung nacheinander die Lage, wenn die verpfändete Sache Eigentum des persönlichen Schuldners, wenn sie von ihm veräußert, oder wenn sie von vornherein im Eigentum eines Dritten gewesen. In allen drei Fällen scheint ihm die gleiche Lösung gegeben, daß das Pfand die Last zu tragen habe. Er stellt zunächst die Frage, ob der Drittverpfänder die Rechte gegen den Bürgen erwirbt, wenn er vom Gläubiger in Anspruch genommen

[1]) Strohal in D. J. Z. 03, S. 373 ff.
„ Ihering, 61, S. 59 ff.
[2]) Martinius. D. J. Z. 03, S. 543.
[3]) Boethke, i. Gruchot 49, S. 859.
[4]) Lippmann, i. Thüringer Bl. f. Recht. S. 180 ff.
[5]) Koban, a. a. O., S. 210.
[6]) Planck, Bd. III, Bem. zu § 1225.
[7]) Biermann, Bem. zu § 1225.
[8]) Sternberg, i. Gruchot 52, S. 545 ff.
[9]) Crome, Bd. III, § 501, Anm. 29.
[10]) Enneccerus, 1, 2, 4 u. 5, S. 506/07.
[11]) Breit, i. Gruchot 48, S. 283.
[12]) Bendix, Arch. f. bgl. Recht, Bd. 25, S. 84 ff.
[13]) Schulz, a. a. O., S. 62 ff.
[14]) Wolff, Bd. I, § 146.
[15]) Siméon, Bd. I, I, S. 572, Anm. 4.
[16]) Cohn, J. Wechschr. 1906, S. 410.
[17]) Sellner, Recht 1904, S. 477.
[18]) Staudinger, zu § 1225.
[19]) Kipp bei Windscheid 2, 9, 1107.
[20]) Emmerich, a. a. O., S. 514 ff.

wird und kommt zu einer Verneinung, weil die „Last der Schuld nach Maßgabe des zwischen dem Bürgen und dem Eigentümer der haftenden Sache bestehenden Verhältnisses **aus dem Werte** der Sache zu decken sei". Wenn also der Gläubiger gegen den Drittverpfänder auf dem Wege der Zwangsvollstreckung vorgehe, den, wenn er zuerst den Gläubiger befriedigt hätte, der Bürge selbst hätte beschreiten können, so wäre der Bürge von jeder Haftung frei. Wenn dagegen der Dritteigentümer freiwillig leiste, so sei zu unterscheiden, ob er Eigentümer eines verhafteten Grundstücks oder eines Pfandes sei. Im ersteren Fall erwerbe der Eigentümer die Hypothek als Eigentümerhypothek und die Nebenrechte gegen den Bürgen. Befriedige nun der Bürge seine Regreßforderung, so erwerbe er die Hauptforderung und die Hypothek. Im Endergebnis trage also das Grundstück die Last. Gegen ein Löschen der Eigentümerhypothek vor Leistung des Bürgen sei der Bürge durch die Vorschriften des § 766 geschützt. Wenn aber der Gegenstand der Sachhaftung ein bewegliche Sache sei, so erlösche an und für sich durch Zusammentreffen mit dem Eigentum das Pfandrecht, gemäß § 1256, I und der Absicht des Gesetzes zuwider könne der Drittverpfänder die endgültige Last auf die Schultern des Bürgen legen. Strohal glaubt einen Ausweg darin zu finden, „mit der durch den Dritterwerber bewirkten Befriedigung die Haftung des Bürgen erlöschen zu lassen".

In seiner früheren Abhandlung half er sich durch Heranziehung der Bestimmung des § 1256, II. Er glaubte, das für § 1256, II erforderliche rechtliche Interesse des Eigentümers darin sehen zu können daß der den Gläubiger befriedigende Dritterwerber die Sache nicht als pfandfrei behalten, sondern am Bürgen Regreß nehmen und daher diesem auch die Möglichkeit offen lassen wolle, in das Pfandrecht einzutreten,

Wenn andererseits der Bürge den Gläubiger befriedige, so erwerbe er nach §§ 774, I, 412, 401 Hypothek und Pfandrecht. In allen Fällen trägt also die Sachhaftung die endgültige Last.

Zum Beweise dieser Anschauung führt Strohal an, aus den §§ 774. 776 ergebe sich eine einwandfreie Vorzugsstellung des Bürgen. Nach § 774 müsse unterschieden werden, ob die übergehenden Accessorien der Hauptforderung Sachhaftungen oder Bürgschaften seien Nur im letzteren Fall sei ihr Uebergang auf den Rahmen des Ausgleichsverhältnisses beschränkt auf den § 774, II, der den Volleintritt in die Rechte aus Sachhaftung ausdrücklich bestehen lasse.

Ferner seien klar zwei Fälle zu unterscheiden. Verbürge sich ein Bürge für eine Forderung, für die schon eine Sachhaftung besteht, so treten bei Aufgabe dieser Sachhaftung durch den Gläubiger die Wirkungen des § 776 ein. Würde dagegen für eine schon durch eine Bürgschaft gesicherte Forderung eine Sachhaftung gestellt, so sei der Verpfänder gegen eine Befreiung des Bürgen in keiner Weise geschützt. Auch hieraus ergebe sich einwandfrei die Vorzugsstellung des Bürgen.

Strohals Lehre hat in der Folgezeit viele Anhänger gefunden, von deren Arbeiten vor allen die **Sternbergs** die Frage weitergebracht hat. Sternberg sieht die Grundlage des ganzen Problems in der Verschiedenheit in der rechtlichen Natur der persönlichen Haftung des Bürgen und der Sachhaftung. Bei Mitbürgen im Schuldrecht habe das Gesetz die gesamtschuldnerische Stellung statuiert, bei einer Sachhaftung sei dies unmöglich. Demgemäß habe das Gesetz in den §§ 1225 und 1173 auch nur einen Uebergang der Nebenrechte, soweit auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses ein Ersatzanspruch gegeben sei, festgelegt. Infolgedessen könne auch zwischen Bürgen und Drittverpfändern von einem Ausgleich keine Rede sein. In längeren Ausführungen wendet er sich gegen den Versuch, eine Gesamtschuldnerstellung zwischen Bürgen und Drittverpfändern zu konstruieren Auf seine Argumentation wird später noch einzugehen sein. In dem Beweis der Vorzugsstellung des Bürgen folgt er im wesentlichen dem Strohalschen Gedankengang.

Der **Strohalschen** Lehre ist zuerst **Breit** ent-

gegengetreten. Er erbringt den Beweis, daß die Grundlage seiner Theorie falsch ist, weil sie auf einer Umkehrung von Grund und Folge beruht. Strohal geht immer aus von dem Prinzip aus den §§ 412, 401. Nach der Breitschen Ansicht rechtfertigt sich dieses Prinzip durch die Erwägung, daß der Verpflichtete durch Cession der Forderung keinen Vorteil haben soll, der grundlos wäre und den Wert der Forderung für den Cessionar herabsetze. Er weist nach, daß das Prinzip aus §§ 412, 401 im Gesetz in mehreren Fällen durchbrochen sei (§§ 774, 1173, 1225) und findet in diesen Ausnahmen ein anderes Prinzip, das allen Sicherheitsleistenden nur insoweit einen Uebergang der Accessorien mit der Gläubigerforderung gewährt, soweit ihm ein Ausgleichsanspruch stehe. Dieses im Gesetz deutlich ausgesprochene Prinzip korrigiere das Allgemeinprinzip der §§ 412, 401. Infolgedessen sei die Strohalsche Grundprämisse falsch. Sie habe nur Geltung, wenn der durch die Sicherung Verpflichtete der Cessus selbst sei, nicht aber ein Dritter. Strohals Theorie sei eine Umkehrung der wirklichen Sachlage. Nicht von dem Ausgangspunkte des Uebergangs der Accessorien mit der Hauptforderung nach §§ 412, 401 sei das Problem zu betrachten, sondern die Frage, ob ein Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfändern stattzufinden hat, sei „präjudiziell für die weitere nach dem Uebergang der Sicherheit auf den befriedigenden Teil".

Die Frage nach dem Ausgleich selbst beantwortet Breit mit einer Alternative. Entweder man stelle sich auf den Standpunkt, daß ein Uebergang der Accessorien nur auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses stattfinde, dann sei, wenn nichts vereinbart sei, eine gegenseitige Inanspruchnahme ausgeschlossen. Die Last trage der Inanspruchgenommene. Oder aber man erblicke in den §§ 774, II 1225 Ausflüsse eines allgemeinen Ausgleichsprinzip. Dann sei dieses Prinzip auch auf das Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfändern auszudehnen.

Eine dritte Lösung im Sinne Strohals sei unmöglich.

Einen Schritt weiter geht **Bendix.** Er lehnt die Alternative Breits ab und beschränkt eine Lösung rein auf die zweite Möglichkeit Breits. Nur konstruiert er nicht aus den §§ 774, 1225, wie schon mehrfach erwähnt, ein allgemeines Ausgleichsprinzip, sondern sieht auch in Bürgen und Drittverpfändern Gesamtschuldner, sodaß die Lösung in unmittelbarer Anwendung des § 426 auf ihr Verhältnis liege.

Cohn polemisiert des weiteren gegen Strohal und seine Beispiele und kommt zum gleichen Ergebnis wie Bendix.

Und dieses Ergebnis halte ich allein für richtig. Ich kann mich dem Strohalschen Gedankengang in keiner Weise anschließen. Er ist zu sehr auf dem Buchstaben, zu wenig auf dem Geiste des Gesetzes aufgebaut, ist zu wenig Gesetzesinterpretation in höheren Sinne. Zudem halte ich seine Beweisführung für unrichtig. Nur einen Anschein von Richtigkeit vermögender „Vorzugsstellung des Bürgen" die allerdings bestehenden Schutzvorschriften für die Bürgschaft geben: die Formvorschrift des § 766, die Einrede der Vorausklage und die viel erwähnte Schutzvorschrift des § 776.

Demgegenüber ist zu bedenken, daß der mit seinem ganzen Vermögen persönlich haftende Bürge von vornherein viel schlechter dasteht, als ein nur mit einer Sachhaftung beschwerter Verpfänder. Wenn das Gesetz dann dem Bürgen einen gewissen Schutz verleiht, erscheint mir das nicht weiter verwunderlich. Aus dieser Tatsache den Satz zu fordern, daß das Gesetz den Bürgen bevorzugen wolle, ist völlig abwegig. Es wollte nur naturgemäß bestehende Nachteile ausgleichen. § 766 hat keinerlei Beweiskraft für die Anschauung Strohals. Es ist m. E. nicht angängig, bei der Ausarbeitung von Grundprinzipien eines Gesetzes von einer Spezialbestimmung auszugehen. Genau der umgekehrte Weg ist richtig Zuerst müssen die großen Grundlinien festgelegt sein, und dann sind Spezialbestimmungen in den Rahmen ihres Gedankenganges einzufügen. Von diesem Gesichtspunkte aus kann man auch zu einer ganz anderen Auffassung des

§ 766 gelangen, als Strohal. Soweit die aufgegebene Sicherheit von dem persönlichen Schuldner gestellt war, wird der Bürge in voller Höhe des Ersatzanspruchs frei; handelt es sich aber um Aufgabe der Sicherheit eines Mitverpflichteten, der nicht persönlicher Schuldner ist, so tritt ein Freiwerden nur in Höhe des Ausgleichsanspruchs ein. Ueberall im Gesetze tritt, wie diese Arbeit nachwies, ein soziales Verteilungsprinzip der Last unter mehrere Sicherheitsleistende zutage. Der Schutz der Ausgleichung erfolgt entsprechend durch ein Freiwerden in Höhe des Ausgleichsanspruchs. Im Mitbürgenrecht wurde dies bereits nachgewiesen und zwar gerade aus dem § 766 heraus. Aufgabe des Gesetzes ist es aber nun, allgemeine Gedankengänge zu geben die Wissenschaft mag sie dann im einzelnen durchführen. Und darum stehe ich nicht an, wie bereits gezeigt, den § 766 also den Schutz des Ausgleichs, auch beim Drittverpfänder zu analoger Anwendung zu bringen. (Bei der Gesamthypothek schützt der § 1165). Man mag diesen Gedanken ablehnen, sicherlich aber ist abzulehnen die Strohalsche Methode. Der § 766 enthält die Worte: soweit er hätte Ersatz verlangen können. Die Frage nach der Höhe dieses Ersatzes aber sorglos mit einem Hinweis auf §§ 774, 412, 401 zu beantworten, wie Strohal, ist eine bare petitio principii, denn das soll ja eben erst bewiesen werden. Dieses „soweit" ist nach dem hier Gesagten ganz anders zu beantworten, nämlich in Höhe des Ausgleichsanspruchs. Strohals Beweisführung ist also als mißlungen zu erachten und konnte auch nicht gelingen, weil sie Thesen beweisen wollte, die, wie Breit richtig zeigt, auf falschen Grundprämissen aufgebaut, falsch sein müssen. Die Unrichtigkeit der Strohalschen Auffassung der §§ 1225, 1173 trat in dieser Arbeit deutlich zutage. Es wurde der Nachweis erbracht, daß entsprechend den Anforderungen Ausgleich der Gerechtigkeit das Gesetz eine allgemeine Ausgleichspflicht statuiert hat. Das gilt auch beim Zusammentreffen von persönlicher Haftung und Sachhaftung, beim Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfändern. Es ließe sich schwerlich eine

Begründung dafür finden, weshalb gerade mehrere Bürgen untereinander und mehrere Verpfänder untereinander ersatzpflichtig sein sollen, weshalb aber dasselbe auch dann nicht gelten soll, wenn Bürge, Drittverpfänder und Hypothekenschuldner zusammentreffen. Ob jemand als Bürge, Hypothekenschuldner oder Pfandschuldner zahlt, ist wirtschaftlich gleichgültig. Gebietet in einem Fall die Billigkeit einen Ausgleich so auch im andern (Breit, S. 293). Das ist die Auffassung des Lebens, und das Recht muß der Auffassung des Lebens entsprechen, nicht ihr fremd gegenüberstehen. Aus der rechtlichen Verschiedenheit der Institute eine der Lebensauffassung zuwiderlaufende Auffassung zu konstruieren, ist Buchstabenjuristerei, keine wahre Gesetzesinterpretation. Ein allgemeiner Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfändern ist die einzig billige Lösung. Nach den hier vertretenen Anschauungen ist sie nicht schwer. Der Bürge ist Schuldner, der dinglich Verhaftete ist Schuldner, ergo sind beide Gesamtschuldner. Beide Schulden dem Gläubiger eine Leistung, die dieser nur einmal fordern kann (§ 421). Hiergegen bestehen keinerlei Bedenken. Auch das R. G. hat in mehrfachen Entscheidungen die Notwendigkeit ausgesprochen, dem Begriff der Gesamtschuld eine weitmöglichste Fassung zu geben (Bd. 61, S. 50 ff; Bd. 69, S. 424 ff).

Lediglich, wenn man bei der Sachhaftung die Theorie der „dinglichen Schuld" vertritt, könnten Bedenken auftauchen, diese von der obligatorischen Schuld immerhin verschiedene Schuld mit der Bürgenschuld zu einer Gesamtschuld zusammenzubringen. Aber in diesem Falle müßte man eine solch starke Analogie der Verhältnisse anerkennen, daß einer analogen Anwendung des § 426 nichts zu erwidern wäre. Selbst dieses Bedenken fällt bei der hier vertretenen Realobligation fort.

Mit wenigen Worten wäre noch auf Sternbergs Erwiderung einzugehen, der in längeren Ausführungen die Möglichkeit eines gesamtschuldnerischen Verhältnisses zwischen Bürgen und Drittverpfändern leugnet. Seine Argumente sind alle im Laufe dieser Arbeit

widerlegt. Nur ein Punkt bedarf noch der Erwähnung. Sternberg sagt: Es ist unbestritten, daß nach dem Willen des Gesetzes die Vorschriften über die Gesamtschuld auf das Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen keine Anwendung findet. Erkennt das Gesetz nicht einmal ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen an, die doch beide persönlich haften, so wird man noch viel weniger dem Bürgen und dem Eigentümer eines verhafteten Grundstückes oder einer verpfändeten beweglichen Sache als Gesamtschuldner betrachten können.

Dieses Argument beruht auf einer Verkennung des Unterschiedes des Schuldinhalts der Verpflichtung des Sicherheitsleistenden von dem der Hauptschuldnerverpflichtung. Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung ist Einstehen für die Verbindlichkeit des Dritten, das ergibt sich mit zwingender Konsequenz aus der Möglichkeit der Verbürgung auch für höchst persönliche Leistungen, Fälle also, wo eine objektive Erfüllung gar nicht möglich ist. Und wie bei der Bürgschaft, so ist auch bei der Sachhaftung die Schuldnerverpflichtung Einstehen für eine fremde Verbindlichkeit. Gesamtschuldner sind aber nach § 421 Schuldner, die in der Weise schulden, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken hat, der Gläubiger aber nur einmal fordern kann. Der Bürge schuldet aber gar nicht die Hauptschuld, sondern etwas ganz anderes. Die Schuldnerverpflichtungen sind also ganz verschieden, also kann man Bürge und Hauptschuldner nicht als Gesamtschuldner bezeichnen. Bei Bürgen und Drittpfändern dagegen ist der Schuldinhalt der gleiche: Einstehen für die Erfüllung durch den Dritten. Damit fällt Sternbergs Argument.

Der Ausgleich zwischen persönlich und dinglich Verhafteten regelt sich demnach folgendermaßen: Ist ein besonderes Rechtsverhältnis getroffen — und das wird in den meisten Fällen zutreffen, — so sind natürlich die besonderen Abmachungen maßgebend. Bei Fehlen dieser Abmachungen tritt wieder § 426 in Tätigkeit. Dann hat der Ausgleichsberechtigte wieder den internen Ausgleichsanspruch des § 426, I und in

Höhe dieses Ausgleichsanspruchs aus Abs. II den Ausgleichsanspruch nach dem Subrogationsprinzip.

Für die Teilung kommt auch hier nur eine Kopfteilung in Frage. Der Wert einer Pfandsache kommt nur dann in Betracht wenn er, — den Beweis hat der Verpfänder zu führen — geringer ist als die anteilmäßige Kopfquote, weil der Verpfänder nicht über den Wert des Pfandes hinaus zu haften braucht.

§ 10.

Schluß.

Zusammenfassend kommen wir also zu dem Ergebnis, daß immer da wo für eine Forderung mehrere Sicherheite : bestellt sind, ein Ausgleich stattfindet, wenn bei Insolvenz des Hauptschuldners einer der Sicherheitleistenden in Anspruch genommen wird.

Diese Regelung ist wirtschaftlich vernünftig, einzig und allein billig und entspricht allein den Auffassungen des Lebens. Und das ist letzten Endes Sinn und Zweck jeder Rechtsordnung, Regeln zu schaffen, die einen Ausgleich wirtschaftlicher Unebenheiten bewirken und so ein segensreiches Ineinandergreifen aller Einzelorgane ermöglichen zum Wohle der Gesamtheit.

Lebenslauf.

Am 25. Juli 1903 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Dr. Alfons Oellers und seiner Frau Emma, geb. Kampmann, zu Düsseldorf geboren. Meine Schulbildung erhielt ich am Realgymnasium zu Krefeld, das ich Ostern 1922 mit dem Reifezeugnis verließ. An den Universitäten Halle und Marburg widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Am 11. November 1925 bestand ich vor einer Hohen Prüfungskommission zu Cassel die erste juristische Prüfung. Augenblicklich bin ich als Referendar in Krefeld tätig.

Allen meinen Lehrern möchte ich an dieser Stelle meinen Dank aussprechen, insbesondere Herrn Professor Dr. Jung für die Anregung zu dieser Arbeit.

Fritz Oellers,
Referendar.